

UNA RIFORMA (RADICALE?) PER TORNARE ALLO SPIRITO ORIGINARIO DELLA LEGGE: LA NUOVA DISCIPLINA ACQUISITIVA DELLE INTERCETTAZIONI TRA LEGALITA', DIRITTO VIVENTE E *SOFT LAW*

di Silvia Renzetti

(*Dottore di ricerca in Diritto e processo penale, Università di Bologna*)

SOMMARIO 1. Il retroterra della riforma. – 2. L'udienza stralcio nel diritto vivente. – 3. Riaffermazione della legge o cedimento al diritto vivente e al *soft law*? – 4. Alla ricerca di un bilanciamento tra gli interessi in gioco. – 5. La preselezione ad opera della polizia giudiziaria ed il controllo del pubblico ministero. – 6. La trasmissione e il deposito del materiale. – 7. Il contraddittorio cartolare tra le parti ai fini dell'acquisizione: quale parità? – 8. La decisione *de plano* del giudice: il sovvertimento tra regola ed eccezione. – 9. Gli effetti della decisione: distribuzione dei colloqui tra fascicolo delle indagini ed archivio riservato. – 9.1. La caduta del segreto. – 9.2. Il diritto di copia per la difesa. – 9.3. La trascrizione posticipata. – 10. Tanto rumore per nulla? La disomogeneità dei criteri selettivi. – 11. La dinamica acquisitiva in fase cautelare. – 12. Il convitato di pietra: il terzo estraneo. – 13. Conclusioni.

1. «Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi»: parrebbe questo lo spirito di una riforma¹ che ha visto la luce dopo una ventennale e tormentata gestazione².

Il riferimento rischia di apparire audace al cospetto di un articolato normativo che sembra modificare profondamente la disciplina dello strumento captativo, in special modo riguardo alla procedura acquisitiva dei suoi risultati.

Preselezione a monte da parte della polizia giudiziaria, con divieto di trascrizione delle conversazioni irrilevanti, previo interpello del pubblico ministero; deposito del materiale a disposizione della difesa per l'esame e l'ascolto, ma senza diritto di copia; quindi immediata attivazione della procedura selettiva, che viene ad essere così articolata: iniziativa del pubblico ministero, attraverso la formazione di un elenco delle conversazioni rilevanti; richieste della difesa volte a ridurre o ad espandere la lista dell'accusa; decisione del giudice nell'ambito di un'udienza camerale di regola non partecipata. Solo a tal punto viene meno il segreto su quanto acquisito e la difesa ottiene il diritto di copia. Il materiale scartato resta, invece, in un archivio riservato,

¹ Come noto, la riforma trae origine dalla l. 23.6.2017 n. 103, che, oltre ad intervenire direttamente su molti istituti del codice di rito, conteneva una delega per la riforma delle intercettazioni (art. 1, commi 82, 83 e 84), attuata, dopo un *iter* piuttosto articolato, dal d.lgs. 29.12.2017 n. 216, entrato in vigore il 26.01.2018. Per le disposizioni relative alla procedura acquisitiva (inserite nel codice con gli artt. 2, 3, 4, 5 e 7), tuttavia, è prevista un'attuazione differita entro centottanta giorni dall'entrata in vigore (in forza della disposizione transitoria di cui all'art. 9).

² Il moto di riforma delle intercettazioni ha avuto inizio non molti anni dopo l'entrata in vigore dell'attuale codice di procedura penale, facendosi particolarmente intenso con la concomitante presentazione, nel corso della XII legislatura, di più progetti di legge. I relativi testi sono pubblicati in *DPP*, 1997, 1005 s., con introduzione di G. Illuminati, *Intercettazioni da riformare. Introduzione* (1004) e commento di C. Cesari, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni: la ricerca di nuovi equilibri nelle proposte all'esame del Parlamento* (1280).

coperto per sempre dal segreto. Infine, trascrizione integrale delle conversazioni acquisite posticipata al dibattimento³.

Questi, in estrema sintesi, i tratti salienti della riforma.

Al di là della prima impressione, però, il cambiamento, almeno nel suo nucleo essenziale, si rivela decisivo non tanto rispetto alla normativa codicistica, come delineata nel 1988, bensì riguardo al volto (deformato) che la stessa era venuta assumendo nella prassi.

Non è un caso se un attento studioso del processo penale, nel pieno del turbinio riformatore, si sia espresso in questi termini: «piuttosto che introdurre nuove norme, si faccia [...] in modo di ottenere [...] il rispetto delle norme vigenti, che dipende dalla cultura e dalla responsabilità di tutti, teorici e pratici del diritto»⁴. E non aveva torto quell'osservatore, se l'epilogo degli innumerevoli tentativi di modifica⁵ si è tradotto in una legge che, riscrivendo le norme, le riconduce in realtà al loro significato originario.

L'assunto esige una spiegazione.

Al pari delle precedenti iniziative di riforma, l'attuale novella si è mossa nel solco di un obiettivo ambizioso, quello di contemperare i diversi valori – tutti di rango costituzionale – coinvolti dall'impiego delle intercettazioni: l'accertamento dei reati, la segretezza delle comunicazioni, la riservatezza⁶, il diritto di difesa e il diritto all'informazione. Tuttavia, pur nello sforzo di bilanciamento tra gli interessi in gioco, i criteri direttivi della legge delega rivelano con chiarezza come la riforma, non diversamente da molti progetti che l'hanno precorsa, si ponga soprattutto a tutela della riservatezza, quale risposta ai colpi di scure che la gestione "impropria" dei risultati delle intercettazioni le ha ripetutamente inferto nel corso degli anni.

La riservatezza è un concetto che ritorna spesso nella legge delega, a partire da quell'esordio in cui si impone al legislatore delegato di «prevedere disposizioni dirette a garantire la riservatezza delle comunicazioni [...] e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione»⁷, che risulterebbe quasi un ossimoro, ove non fosse agganciato alla «selezione del materiale intercettativo» quale momento cruciale

³ Un regime specifico è previsto in relazione all'impiego delle intercettazioni nella fase cautelare, v. *infra*, § 11.

⁴ A. Nappi, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *CP* 2009, 473. Della stessa opinione, già diversi anni prima, G. Illuminati, *Bisogna forse abolire le intercettazioni telefoniche?*, in *Italia Oggi* 30 gennaio 1996 (26), che pur ritenendo necessari alcuni ritocchi non essenziali alla normativa, evidenziava come «il rispetto della vita privata e, più in generale, della persona è soprattutto una questione di cultura e di costume, che va ben al di là dello specifico problema delle intercettazioni telefoniche, e non può essere assicurato dal più perfetto sistema di garanzie processuali dell'individuo». L'Autore ribadisce il medesimo concetto anche in *La tutela della segretezza delle comunicazioni tra vecchio e nuovo codice*, in AA.VV., *Processo penale e valori costituzionali nell'insegnamento di Vittorio Grevi a un anno dalla scomparsa*, Padova 2011, 101, in cui, a distanza di tempo ed a fronte del proliferare di prassi devianti, afferma che queste ultime non possono essere corrette semplicemente con modifiche legislative, essendo necessaria «un'evoluzione del costume» ed «un'elaborazione culturale».

⁵ Nel presente lavoro si cercherà di dar conto delle principali proposte di legge che si sono succedute nel corso delle diverse legislature, per ciò che rileva ai fini di un confronto con la riforma oggi portata a compimento.

⁶ Circa il fondamento costituzionale di tale diritto, è ormai pacifica la riconducibilità nel novero dei diritti protetti dall'art. 2 Cost. La riservatezza trova poi esplicito riconoscimento e tutela, come noto, nell'ambito dell'art. 8 Cedu.

⁷ Art. 1 co. 84 lett. a l. 103/2017.

per preservarla. Così come insistente è il richiamo alla «tutela della *riservatezza* delle comunicazioni e delle conversazioni delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento e delle comunicazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale»⁸, nonché a quelle «inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili ai sensi dell'articolo 4, co. 1, lettera *d*), del codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini, ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei»⁹.

Del resto, la preminenza che la riforma accorda alla tutela della riservatezza è inequivocabilmente condensata nel seguente passaggio della legge delega: «garantire la riservatezza delle comunicazioni [...] e delle conversazioni telefoniche e telematiche oggetto di intercettazione, in conformità all'articolo 15 della Costituzione, attraverso prescrizioni che incidano anche sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni e che diano una precisa scansione procedimentale per la selezione di materiale intercettativo nel rispetto del contraddittorio tra le parti e *fatte salve le esigenze di indagine*»¹⁰, ove i termini del rapporto sembrano essere invertiti: non già disciplinare le intercettazioni quale strumento di indagine, fatti salvi i diritti di riservatezza, bensì garantire la riservatezza, *fatte salve le esigenze di indagine*¹¹.

Ed ecco il punto. Se le aggressioni alla riservatezza (sia dei soggetti direttamente intercettati, che di quelli occasionalmente coinvolti) sono divenute viepiù intense nel corso degli anni, ciò è dovuto a molteplici fattori, alcuni dei quali intuitivi – come l'accrescersi dell'invasività delle forme di captazione in modo direttamente proporzionale all'evoluzione tecnologica¹² – altri senz'altro riconducibili ad imperfezioni del sistema.

⁸ Art. 1 co. 84 lett. *a* l. 103/2017.

⁹ Art. 1 co. 84 lett. *a* l. 103/2017.

¹⁰ Art. 1 co. 84 lett. *a* l. 103/2017.

¹¹ In quali termini debba effettivamente porsi il rapporto è questione opinabile. Rispetto al diritto di libertà e segretezza delle comunicazioni, fornito di tutela inviolabile da parte della Costituzione, l'esigenza di accertamento dei reati rappresenta una deroga, che ne consente la limitazione nel rispetto delle condizioni fissate nell'art. 15 Cost. Non altrettanto si può affermare quando l'altro polo del rapporto è rappresentato non già dalla segretezza, bensì dalla riservatezza. Per la distinzione e lo svolgimento di questo aspetto si rinvia al § 4.

¹² Si pensi, da ultimo, alle incredibili potenzialità dei captatori informatici, detti *Trojan virus*, alla regolamentazione del cui impiego è, infatti, dedicata la seconda parte del d.lgs. 216/2017 (art. 4).

Il tema non costituisce oggetto di approfondimento nel presente scritto. Basti qui richiamare la nota sentenza che ha costituito il punto di emersione di una problematica già da tempo avvertita nella pratica giudiziaria (Cass. S.U. 28.4.2016 n. 26889, in *CEDCass*, m. 266905 con cui è stata riconosciuta la possibilità di effettuare intercettazioni ambientali mediante l'installazione di un captatore informatico in un dispositivo elettronico, nei soli procedimenti per delitti di criminalità organizzata, i quali non presuppongono la preventiva individuazione dei luoghi ove sia in atto l'attività criminosa); la copiosa elaborazione dottrinale che ne è seguita (tra cui si segnalano, in particolare, i contributi di A. Camon, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *ANPP* 2017, 91 e G. Lasagni, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.10.2016); nonché la presa di posizione dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale "G.D. Pisapia", condensata nel documento dal titolo "Necessaria una disciplina legislativa in materia di captatori informatici (c.d. 'tro-

Con riferimento al primo profilo, il sopravvenuto difetto di adeguatezza della disciplina codicistica è del tutto fisiologico, dovendosi semmai lamentare il perdurante ritardo nell'introduzione di opportuni aggiustamenti¹³. Riguardo al secondo aspetto, invece, bisogna interrogarsi sulle ragioni dell'inefficacia di una normativa di per sé non insensibile alla tutela della *privacy*, di cui già la legge delega per la riforma del codice si faceva, a suo tempo, carico¹⁴.

Come noto, infatti, la sequenza delineata dall'art. 268 Cpp vedeva succedersi, senza soluzione di continuità, l'immediata trasmissione al pubblico ministero dei verbali e delle registrazioni, il deposito degli stessi nella sua segreteria entro il termine di cinque giorni (unitamente ai decreti autorizzativi, di convalida o di proroga), la messa a disposizione delle difese con diritto di esame e di ascolto (ma non di copia) ed, infine, la celebrazione di un'udienza preposta all'acquisizione, nel contraddittorio delle parti, delle conversazioni non manifestamente irrilevanti da queste ultime indicate, con relativo stralcio di quelle inutilizzabili. Tale serrata scansione, insieme alla possibilità, riconosciuta agli interessati dall'art. 269 co. 2 Cpp, di ottenere la precoce¹⁵ distruzione delle conversazioni non necessarie per il procedimento, dava vita ad un sistema congegnato in modo tale da garantire una (tendenziale) coincidenza tra conversazioni processualmente rilevanti e conversazioni divulgabili¹⁶. In altri termini,

jan'): un appello al legislatore da parte di numerosi docenti di diritto italiani, pubblicato in www.penalcontemporaneo.it, 7.10.2016 e le relative Osservazioni di R. Orlandi, in www.archiviopenale.it. L'Associazione, in particolare, all'indomani della sentenza delle Sezioni Unite, aveva ritenuto doveroso rivolgere un vero e proprio appello al legislatore, perché disciplinasse l'impiego di questo micidiale strumento di indagine. Ebbene la disciplina introdotta con il d.lgs. n. 216/2017 non si è rivelata all'altezza delle aspettative, apparendo troppo disinvolta, nella misura in cui allarga l'ambito di applicazione di tale mezzo, ammettendone un uso generalizzato (entro i limiti di cui all'art. 266 Cpp) e, d'altra parte, deludente poiché si muove in un'ottica limitata entro la cornice delle intercettazioni, senza preoccuparsi delle molteplici ulteriori potenzialità del *trojan*, lasciando così aperta la voragine normativa sul punto (in questo senso F. Caprioli, nell'*Intervento "La recente riforma del processo penale: una prima verifica"*, Torino, 10 novembre 2017 (d'ora in avanti "*Intervento*"); per una disamina dei contenuti della riforma in tema di captatori si rinvia a G. Amato, *Per l'uso del "trojan" compromesso non facile sulle regole*, in *GD* 2018 (7), 55; C. Parodi-N. Quaglino, *Intercettazioni: tutte le novità*, Milano, 2018, 63 s.; S. Furfaro, *Intercettazioni (profili di riforma)*, in www.archiviopenale.it, 21 ss).

¹³ Quello dei captatori informatici è solo l'ultimo degli strumenti di indagine rispetto ai quali si è manifestato il problema di un vuoto normativo, ma si può ricordare anche l'emblematico caso delle videoriprese, la cui regolamentazione è tuttora affidata alle claudicanti distinzioni introdotte dal diritto pretorio (Cass. SU 28.3.2006 n. 26795, in *CEDCass*, m. 234269). Appare, peraltro, inspiegabile la loro assenza nell'attuale riforma delle intercettazioni, così come quella delle nuove forme comunicative via *skype*, *messenger*, *whatsapp* e simili. Se poi allarghiamo il campo, è ormai ampiamente dibattuto il tema, più generale, del rapporto tra evoluzione tecnico-scientifica ed evoluzione normativa, su cui, volendo, per un quadro di sintesi, S. Renzetti, *La prova scientifica nel processo penale: problemi e prospettive*, in *RDPr* 2015, 398 s.

¹⁴ Si veda la direttiva 41 lett. e l. 16.2.1987 n. 8, recante delega legislativa per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale, che prevedeva la «determinazione dei casi nei quali, a garanzia del diritto alla riservatezza, [la documentazione relativa alle intercettazioni dovesse] essere distrutta».

¹⁵ La regola generale di cui all'art. 269 co. 3 Cpp prevedeva, e prevede tuttora, che i verbali e le registrazioni siano conservati integralmente presso il pubblico ministero fino alla sentenza non più soggetta ad impugnazione.

¹⁶ Secondo F. Caprioli, *Tutela della privacy e vaglio dibattimentale di rilevanza delle comunicazioni intercettate*, in *GCoS* 2012, 4097, la funzione precipua dell'udienza camerale di cui all'art. 268 co. 6 Cpp

il legislatore codicistico aveva tentato di realizzare un ingranaggio in cui diritto di difesa, esigenze di riservatezza e diritto all'informazione risultassero in equilibrio: i difensori avevano accesso *ab origine* all'integralità delle conversazioni intercettate e partecipavano attivamente alla loro selezione processuale; tale momento seguiva la conclusione delle operazioni, sicché le registrazioni irrilevanti e quelle inutilizzabili finivano relegate nella segreteria del pubblico ministero (senza circolare sotto forma di copie), o addirittura distrutte, in caso di attivazione della procedura di cui all'art. 269 Cpp; la divulgabilità delle intercettazioni così selezionate soddisfaceva il diritto all'informazione, fisiologicamente circoscritto a ciò che ha attinenza processuale¹⁷.

Eppure questo ingranaggio si è inceppato nel corso degli anni e le cause sono ravvisabili in due ordini di ragioni: una di carattere strutturale, l'altra, invece, legata alla (dis)applicazione delle norme.

Con la prima, si allude alla coincidenza temporale tra il deposito delle conversazioni intercettate e la caduta del segreto investigativo sulle stesse. Nel quadro fino a ieri vigente, infatti, dal combinato disposto di cui agli articoli 268 co. 6, 329 co. 1 prima parte e 114 commi 2 e 7 Cpp derivava che, una volta messi a disposizione della difesa, i risultati delle intercettazioni non fossero più coperti dal vincolo di segretezza ed il loro contenuto potesse costituire oggetto di pubblicazione. Fino al momento della selezione, quindi, anche conversazioni prive di qualsivoglia rilevanza processuale erano suscettibili di circolare ed assumere risonanza mediatica¹⁸. Effetto che, peraltro, non veniva del tutto scongiurato nemmeno dalla successiva udienza stralcio, posto che la documentazione concernente le intercettazioni (verbali e registrazioni) restava integralmente conservata fino alla sentenza definitiva nella segreteria del pubblico ministero, salva l'(eventuale) distruzione, senza essere destinataria di alcuna

era proprio quella di «cancellare senza ritardo dall'orizzonte processuale» conversazioni prive di interesse probatorio, «mettendo al riparo i soggetti interessati da ulteriori aggressioni ai loro diritti di *privacy*»; nello stesso senso, già in precedenza, A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996, 221; G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *GCos* 2008, 3763; di diverso avviso, invece, A. Cabiale, *Il superamento dell'udienza di stralcio: prassi "deviante" o opportunità teorica?*, in *DPP* 2014, 112, v. *infra*, nota 18.

¹⁷ Sul punto costituisce riferimento obbligato la sentenza della C.e.d.u. 17.07.2003, Craxi c. Italia, nella quale si afferma che «l'interesse pubblico a ricevere informazioni riguarda esclusivamente i fatti che siano connessi con le accuse penali rivolte alla persona imputata».

I tentativi tesi ad incidere sul regime di divulgabilità dei risultati delle intercettazioni sono stati regolarmente accompagnati da malumori dei rappresentanti della stampa, spesso espressi attraverso l'immagine della "legge bavaglio"; un atteggiamento manifestato anche in relazione all'attuale riforma. In proposito appare oltremodo calzante l'ammonimento di un attento conoscitore della materia, che, attraverso le parole del Garante della *Privacy*, ha ricordato come l'istituto dell'intercettazione non sia stato pensato per i giornalisti, ma per il magistrato inquirente, sicché le forme di cautela da introdurre per la pubblicazione dei risultati non possono essere lette come "bavaglio" alla stampa (questo il commento del Garante, come riportato da G. Illuminati, *Un nuovo tassello in una incessante stagione di riforma*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di L. Giuliani e R. Orlandi, Torino 2018, 15, nota 25).

¹⁸ Ragion per cui, secondo altra parte della dottrina, «sarebbe probabilmente un equivoco pensare che il procedimento acquisitivo delle intercettazioni sia finalizzato alla tutela della "riservatezza"», così A. Cabiale, *op. cit.*, 112.

attenzione da parte del codice¹⁹. In virtù di tale assetto, era stata prontamente rilevata l'incoerenza di un sistema che permette[va] di divulgare sui *mass-media* quelle stesse comunicazioni di cui gli interessati «a tutela della riservatezza (art. 269), [avrebbero poi potuto] chiedere la distruzione»²⁰. Non a caso, nel «cantiere [sempre] aperto»²¹ della riforma delle intercettazioni, ha fatto spesso capolino la proposta di svincolare la caduta del segreto dal deposito delle conversazioni, estendendone l'operatività fino all'udienza di stralcio, idea che la dottrina propugna da tempo²².

Se quello appena ricordato costituiva un evidente punto debole della disciplina oggi riformata, il difetto è stato, però, notevolmente enfatizzato da una sistematica disapplicazione delle regole che delineavano la procedura acquisitiva delle conversazioni intercettate ed, in particolare, dalla sostanziale obliterazione dell'udienza di stralcio, così come concepita dal legislatore²³.

La parabola che tale momento processuale ha vissuto nella prassi è nota: sistematico deposito delle registrazioni alla fine delle indagini, attraverso la (super)operatività della deroga contenuta nell'art. 268 co. 5 Cpp e, soprattutto, momento acquisitivo posticipato fino all'apertura del dibattimento. Altrettanto noti gli effetti di tale *modus operandi*: dilatazione a dismisura del lasso temporale in cui tutte le registrazioni (rilevanti e non) fluttuano entro uno spazio di potenziale divulgabilità²⁴, ma, soprattutto, selezione effettuata *coram populo* e conseguente possibile ascolto delle conversazioni nel pieno della pubblicità dibattimentale²⁵, con buona pace della *privacy*²⁶.

Ad un simile attentato alla riservatezza, peraltro, non faceva da contraltare l'espansione del diritto di difesa dell'imputato, che, al contrario, ne usciva anch'esso sensibilmente limitato, a causa dell'impossibilità di ottenere copia delle registrazioni

¹⁹ Le conversazioni non acquisite, conservate nella segreteria del pubblico ministero, pur se non duplicabili, restano comunque atti non più coperti da segreto assoluto, che potrebbero in qualche modo circolare. Sul punto v. *infra*, § 9.1.

²⁰ Test. A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 206.

²¹ Icastica espressione di M.L. Di Bitonto, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2009, 8.

²² Tra gli altri, G. Illuminati, *Bisogna forse abolire le intercettazioni telefoniche?*, cit.; Id., *Come tutelare la riservatezza nelle intercettazioni telefoniche*, in *GGiur* 1996 (17), 3; Id., *Intercettazioni da riformare*, cit., 1004; G. Conso, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *DPP* 1996, 138; A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 206; G. Giostra, *Un black out informativo fino al rinvio a giudizio non è soluzione costituzionalmente accettabile*, in *GD* 2009 (10), 9; Id., *Intercettazioni e informazione*, in *CP* 2006, 2752 (solo per citare alcuni dei suoi scritti in materia); G. Spangher, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *DPP* 2008, 1210; V. Grevi, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in *AA.VV.*, *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, Milano 2009, 67.

²³ Ricostruisce diversamente il rapporto A. Cabiale, *op. cit.*, 115, secondo il quale la prassi (dis)applicativa non è altro che la conseguenza nell'inadeguatezza strutturale della disciplina normativa.

²⁴ Essendo venuto meno il segreto.

²⁵ Secondo A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 221, lo stralcio, così come delineato nel codice, costituisce un «rimedio preventivo» alla lesione che altrimenti deriverebbe dal principio di pubblicità del dibattimento (virgolette dell'Autore).

²⁶ Proprio sulla violazione della *privacy* fu incentrata una questione di illegittimità costituzionale in ordine alla trascrizione dibattimentale delle registrazioni, v. *infra*, §. 2.

prima della loro selezione, malgrado la già avvenuta *discovery* completa degli atti²⁷. Una prassi, dunque, che riusciva nell'impresa di scontentare entrambi i contrapposti interessi in gioco.

Sulle ragioni che hanno determinato la pressoché totale inoperatività dell'udienza di stralcio ci si intratterrà nel prosieguo del lavoro²⁸. Ciò che, invece, interessa evidenziare in queste considerazioni preliminari è l'indirizzo esegetico «minacciosamente confinante con l'*interpretatio abrogans* dell'art. 268 co. 6 c.p.p.»²⁹, che la Cassazione ha fatto proprio in questi anni, nel ritenere pienamente legittima la posticipazione della procedura selettiva fino *in limine* al dibattimento³⁰. Perché tale elemento finisce, curiosamente, per porsi come una delle ragioni della riforma.

Si intende dire che, nella sequenza ideata dal legislatore, la fase di selezione e stralcio delle conversazioni intercettate era collocata al termine delle operazioni, salvo lo spazio di *discovery* concesso alla difesa³¹. La prassi deviante consolidatasi nel corso degli anni, tuttavia, l'ha spinta in avanti, addirittura fino al dibattimento, determinando disfunzioni tali da rendere necessaria una modifica normativa sul punto.

Ma non è tutto. Prima ancora dell'intervento riformatore, ed – anzi – in attesa dello stesso, si è assistito, soprattutto negli ultimi anni, al proliferare di circolari o linee-guida, emanate dalle diverse Procure della Repubblica proprio con l'intento di rimediare ai disequilibri determinatisi a discapito della *privacy*. Ed è singolare che alcune tra le soluzioni proposte³² nascano dall'esigenza di compensare deviazioni il cui momento genetico si annida nella stessa prassi seguita dagli uffici della pubblica accusa. Il primo tassello della posticipata attivazione della procedura selettiva, infatti, risiede nel ritardato deposito delle registrazioni da parte del pubblico ministero, sistematicamente collocato alla fine delle indagini, cui si aggiunge, poi, a cascata,

²⁷ Ciò in forza del diffuso orientamento giurisprudenziale che nega la possibilità di applicare la disciplina generale di cui all'art. 415 *bis* Cpp, con conseguente diritto di copia per la difesa, nel caso in cui il deposito delle intercettazioni coincida con la conclusione delle indagini, v. *infra*, § 3.

²⁸ V. *infra*, § 2.

²⁹ Con la consueta efficacia, F. Caprioli, *Tutela della privacy*, cit., 4104.

³⁰ Per tutte: Cass. 22.11.2005 n. 10890 in *CEDCass*, m. 234103; più recentemente Cass. 4.10.2011 n. 43725, *ivi*, m. 251475.

³¹ Questa – si ritiene – l'unica possibile interpretazione scaturente dalla lettera della legge. In tal senso, tra gli altri, A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 221 s., il quale fa comunque salvi i casi in cui è più opportuno procedere in dibattimento all'acquisizione, come nelle ipotesi di richieste provenienti da parti eventuali originariamente estranee alla fase di stralcio, oppure di modifica dell'imputazione; F. Caprioli, *Tutela della privacy*, cit., 4104; Id., *La procedura di selezione e stralcio delle comunicazioni intercettate nelle linee-guida della Procura della Repubblica di Torino*, in *ANPP* 2016, 555; G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni*, cit., 3763; E. Valentini, *Una discutibile pronuncia costituzionale sui rapporti tra perizia e «particolare complessità del dibattimento» ex art. 304, co. 2, c.p.p.*, in *GCos* 2012, 3002, l'Autrice, pur sottolineando la mancanza di un termine di decadenza e pur richiamando gli esempi di opportuna attivazione della procedura in sede dibattimentale sopra visti, conclude nel senso che «la possibilità di un "aggiustamento" successivo circa le conversazioni da acquisire a fini decisori non smentisce la volontà di collocare l'*iter* di cui ai commi 6, 7 e 8 dell'art. 268 Cpp nella fase precedente al processo».

³² Per una sintesi ragionata delle diverse circolari si rinvia alla sapiente sistematizzazione di A. Camon, *Il diritto alla privacy di fronte alle intercettazioni: le circolari delle Procure ispirano la riforma Orlando*, in *AP* 2017, 639.

l'inerzia di entrambe le parti nel dare impulso alle operazioni acquisitive. Dunque ad una deviazione che gli stessi uffici della procura contribuiscono, in larga parte, a determinare, quei medesimi uffici rispondono dandosi come regola di condotta la doverosa attivazione della procedura selettiva e di stralcio, al più tardi, al termine delle indagini³³, cioè quanto già previsto dalla norma codicistica (disapplicata)³⁴.

Ricapitolando: il legislatore aveva delineato una procedura di selezione e stralcio delle registrazioni costruita in modo da garantire anche il rispetto della riservatezza: ignorata dalla prassi – con l'avallo della Cassazione ed, in parte, anche della Corte Costituzionale³⁵ – essa ritorna in vita, pur con qualche sensibile variazione rispetto al modello originario³⁶, grazie alle circolari emanate dalle Procure. Da ultimo, tassello più rilevante ai nostri fini, viene varata una riforma che recepisce³⁷ quasi integralmente le soluzioni contenute nelle norme di autogoverno degli uffici della pubblica accusa³⁸.

Di primo acchito, difficile scacciare l'impressione di un cortocircuito: c'era una legge, viene praticamente disapplicata, le Procure emanano buone prassi, si riscrive la legge (anche) sulla base di quelle buone prassi. E se fosse bastato applicare la legge³⁹?

Ecco allora che, riferita al nostro contesto, la celeberrima citazione di apertura andrebbe riformulata in termini diversi: bisogna che tutto cambi perché le cose tornino ad essere come erano in origine. Di qui un ulteriore interrogativo: era proprio necessario che "tutto cambiasse" per rafforzare una tutela della riservatezza non certo impeccabile, ma comunque presente nella disciplina delle intercettazioni?

L'approccio proposto nel testo, in effetti, rischia di apparire eccessivo, se non addirittura miope, nella misura in cui sembra concentrarsi su un singolo aspetto – quello dell'udienza stralcio – per sottolineare come essa fosse già collocata là dove il

³³ Questa soluzione, variamente articolata quanto a presupposti e modalità operative, si può rinvenire nelle circolari emanate dalle Procure di Torino (15 febbraio 2016), Santa Maria Capua Vetere (11 marzo 2016), Napoli (15 aprile 2016), Benevento (8 maggio 2016), Trani (7 novembre 2016), Aosta (2 gennaio 2017).

³⁴ Si è rilevato, però, come la soluzione avanzata dalle circolari menzionate nella nota precedente non stia solo nell'aver ricondotto la procedura stralcio entro la sua collocazione naturale, ma anche nell'averne modificato la fisionomia: non più momento teso ad acquisire il materiale non manifestamente irrilevante, bensì volto ad escludere ciò che sia tale, oppure che contenga dati sensibili o sia inutilizzabile (così F. Caprioli, *La procedura di selezione e stralcio*, cit., 556 e A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 647 s.).

³⁵ V. *infra*, § 2.

³⁶ A dire il vero, v'è chi interpreta in modo diametralmente opposto il complesso delle soluzioni avanzate dalle Procure, leggendovi una conferma della marginalizzazione dell'udienza stralcio: così A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 650, il quale valorizza in tal senso non solo il mutamento di scopo assegnato a tale udienza (v. *supra*, nota 34), ma anche l'attribuzione alla stessa del carattere di obbligatorietà solo al ricorrere di determinate condizioni. L'osservazione è fondata, ma bisogna considerare che le indicazioni contenute nelle varie linee guida costituiscono pur sempre il tentativo di rivitalizzare un istituto totalmente disapplicato.

³⁷ Con riferimento alle cadenze dell'udienza stralcio, ma anche riguardo ad altri aspetti, come si vedrà nel prosieguo.

³⁸ Definisce la riforma «un malaccorto assemblaggio delle circolari adottate in materia da molte Procure» G. Giostra, *Su intercettazioni e segreto una disciplina impraticabile*, in *Il Sole 24 Ore*, 20.12.2017, 33.

³⁹ Efficace la provocazione in tal senso di G. Spangher, *Le criticità della disciplina delle intercettazioni telefoniche*, in *DPP* 2016, 924, secondo il quale «la più grande e significativa riforma delle intercettazioni sarebbe la rigorosa osservanza della legge che regola i vari profili della materia».

legislatore oggi la “riconduce”; mentre vi erano ulteriori passaggi necessitanti di modifica e sui quali effettivamente la riforma interviene: primo fra tutti l'estensione del segreto fino al momento acquisitivo. Ma, come si vedrà, i due aspetti risultano intimamente collegati ed, anzi, costituiscono, di per sé soli, il nucleo delle modifiche necessarie. Ed allora l'analisi dovrà essere rivolta a verificare se la tanto sospirata riforma, certamente apprezzabile negli intenti, non finisca per appesantire troppo la disciplina⁴⁰, rischiando di innescare ulteriori disfunzioni e nuovi squilibri, laddove ci si sarebbe potuti limitare al perfezionamento di un meccanismo già in potenza idoneo (ove applicato secondo lo spirito del codice) a tutelare la riservatezza.

Prima ancora, però, bisogna domandarsi quale sia, nell'ambito della disciplina sulle intercettazioni, il peso specifico del diritto alla riservatezza, in rapporto agli altri interessi costituzionali coinvolti. Ciò al fine di fugare il dubbio di una riforma, a prima vista, un po' troppo sbilanciata verso la tutela della *privacy*⁴¹.

Per chiudere queste brevi note introduttive tornando alla provocazione iniziale, vi è un motivo ulteriore che rende la novella in discorso particolarmente interessante per lo studioso del processo penale. Sullo sfondo, resta infatti quella sensazione di aver dovuto stravolgere una normativa non già perché obsoleta, bensì in quanto disapplicata nella prassi, per ricondurla, poi, anche con il contributo della “produzione legislativa” degli uffici della Procura, al punto di partenza⁴². Ciò non può che proiettarci all'interno di una più ampia riflessione, coinvolgente temi oggi molto sentiti dalla dottrina processualpenalistica, quali il rapporto tra le fonti, l'incidenza sempre più marcata del c.d. diritto vivente e, in generale, l'attuale portata del principio di legalità. E forse non è un caso se la materia delle intercettazioni, «problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti»⁴³, si ritrovi oggi proprio al centro di quei fermenti che agitano il processo penale.

Conviene muovere da quest'ultimo aspetto.

2. Si è visto come sulla riforma appena licenziata abbiano giocato un ruolo importante due singolari variabili, entrambe aventi radici nella prassi: da un lato, la disapplicazione dell'art. 268 co. 6 Cpp, quale uno dei fattori di impulso della novella; dall'altro, l'elaborazione di buone prassi da parte degli uffici della procura, quale serbatoio da cui attingere soluzioni. I due fenomeni meritano attenzione, poiché rivestono un peso specifico nell'analisi del prodotto finale.

Partendo dal primo aspetto, ci si era riservati di illustrare le ragioni che hanno confinato nell'oblio l'udienza stralcio. Esse vengono ricondotte ad una matrice di ordine essenzialmente pratico: nel sistema previgente le parti non avevano alcuna convenienza ad avanzare le richieste acquisitive in fase di indagini, in quanto concernenti materiale ormai già divulgabile. Ciò valeva, in particolare, per la difesa,

⁴⁰ In questo senso G. Giostra, *Su intercettazioni e segreto*, cit., 33, che, per definire i passaggi della riforma, evoca l'immagine letteraria dell'arabesco quale linea di congiunzione tra due punti.

⁴¹ Dello stesso parere C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 7, secondo i quali il decreto delegato «ha spostato l'equilibrio tra i vari interessi a favore della tutela della riservatezza a scapito forse dell'efficienza dell'attività investigativa nonché, almeno su specifici aspetti, del diritto di difesa».

⁴² Fatti salvi gli opportuni ritocchi di cui si dirà nel presente studio.

⁴³ Questo il sottotitolo del volume AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., di raccolta degli atti del Convegno dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale “Giandomenico Pisapia”, tenutosi a Milano nel 2009.

che, non vedendo nella tempestiva attuazione della procedura selettiva uno strumento per tutelare la riservatezza del proprio assistito, preferiva rinviare al dibattimento le sue iniziative, al cospetto di un'imputazione ormai cristallizzata⁴⁴ e di una più approfondita conoscenza delle conversazioni intercettate⁴⁵. Ma anche per l'accusa, che tendeva ad affrancarsi dall'impegnativo onere di immediata selezione⁴⁶, anche perché, con il deposito, i risultati delle intercettazioni potevano dirsi già acquisiti al suo fascicolo e dunque spendibili all'interno delle indagini.

Un decisivo avallo a questo atteggiamento di base, in qualche modo propiziato dalla struttura del sistema, era giunto poi dalla giurisprudenza, nella misura in cui aveva decretato la piena utilizzabilità dei c.d. brogliacci, in luogo delle trascrizioni integrali dei colloqui, tanto nella fase delle indagini⁴⁷, quanto nell'ambito dei procedimenti speciali a prova contratta⁴⁸. Il che, come ovvio, aveva reso ancor meno appetibile l'avvio della selezione, e successiva trascrizione, del materiale intercettato al termine delle operazioni captative.

Del resto, l'approccio al tema da parte delle Corti superiori – tanto della Cassazione che della Corte costituzionale – mostrava uno spiccato “senso pratico”: la legittimità della ritardata acquisizione veniva, infatti, giustificata anche in nome del risparmio di adempimenti inutili, quale sarebbe la trascrizione delle intercettazioni ove il procedimento si risolvesse poi in un patteggiamento o in un giudizio abbreviato⁴⁹. Un monito valorizzato finanche dal giudice delle leggi, nell'esprimersi per la conformità al dettato costituzionale della “perizia trascrittiva dibattimentale”.

Una prima occasione per porre il suggello di legittimità su tale – diffuso – *modus operandi* fu offerta alla Corte da una questione sollevata in merito all'art. 304 co. 2 Cpp, ritenuto dal giudice a quo in contrasto con gli artt. 3 e 13 Cost. «nella parte in cui consente di definire “particolarmente complesso” il dibattimento in cui sia stata disposta una perizia (nella specie la perizia di trascrizione delle intercettazioni telefoniche) che avrebbe potuto e dovuto essere espletata nelle fasi anteriori al dibattimento stesso». Più in particolare, ad avviso del giudice rimettente, la norma censurata risulterebbe in contrasto con il principio della riserva di legge nella predeterminazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, perché la sospensione degli stessi sarebbe disposta «non già alla stregua di fatti e situazioni obiettivamente rilevabili e prestabiliti per legge», ma sulla base di scelte del pubblico ministero (relative al momento in cui richiedere la perizia trascrittiva) imponderabili e imprevedibili⁵⁰. Ebbene, per ciò che qui rileva⁵¹, l'ordinanza di rigetto della Corte si è

⁴⁴ Prima ancora che si stabilizzasse la prassi deviante, tale aspetto era stato sottolineato da A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 222.

⁴⁵ Così A. Cabiale, *op. cit.*, 114 s.

⁴⁶ E. Aprile, *Osservazioni a Corte cost.*, ord. 15 novembre 2012, n. 255, in *CP* 2009, 654 s.

⁴⁷ Cass. 22.11.2005 n. 10890, cit.; Cass. 4.10.2011 n. 43725, cit. Un discorso a parte va fatto per l'impiego in fase cautelare, per cui si rinvia al § II.

⁴⁸ Tra le più recenti: Cass. 3.11.2015 n. 49462, in *CEDCass*, m. 265730; Cass. 14.05.2015 n. 35535, *ivi*, m. 264406; Cass. 26.03.2013 n. 20055, *ivi*, m. 255655; Cass. 24.03.2010 n. 16823, *ivi*, m. 247007.

⁴⁹ Cass. 7.04.2011, Agui, inedita, citata da F. Caprioli, *Tutela della privacy*, cit., 4099.

⁵⁰ Così la Corte riassume la questione rimessale: C. cost., 20.07.2012, n. 204, in *GCos* 2012, 2985 s.

⁵¹ La Corte risponde prima al quesito più generale, concernente la scelta di chiedere in giudizio una perizia che si sarebbe potuta espletare in precedenza, per poi occuparsi, specificamente, di quella trascrittiva.

mossa anche nell'ottica efficientista sopra richiamata, affermando chiaramente che «un rinvio della trascrizione delle intercettazioni a dopo la chiusura delle indagini preliminari potrebbe essere dettato anche da ragioni di economia processuale nella fondata previsione che il procedimento potrà essere definito nell'udienza preliminare con un patteggiamento o con un giudizio abbreviato». In sostanza, il giudice delle leggi ha ritenuto «non solo perfettamente ammissibile, ma addirittura auspicabile»⁵² la prassi dilatoria, così legittimando apertamente tale modalità operativa⁵³.

Ad onor del vero, la pronuncia appena richiamata, in conformità al quesito formulato, si incentrava specificamente sul momento della trascrizione, curandosi di sottolineare che se il giudice rimettente avesse fatto riferimento, piuttosto, al prodromico adempimento selettivo, denunciando la mancanza di impulso in tal senso da parte del pubblico ministero, la questione sarebbe stata diversa. Tuttavia, a dispetto dell'opportuna precisazione, l'economia complessiva delle argomentazioni spese dalla Corte non lasciavano presagire un approdo differente da quello raggiunto⁵⁴.

La conferma in tal senso, infatti, non tardò ad arrivare. A breve distanza di tempo, il giudice delle leggi è tornato ad occuparsi della pratica di eseguire in dibattimento le operazioni di selezione e trascrizione delle intercettazioni, confermandone (sia pur indirettamente) la legittimità. In quell'occasione, il profilo di censura verteva proprio sulla violazione della riservatezza insita in tale abitudine⁵⁵, ma anche allora la questione era stata formulata in termini piuttosto imprecisi, individuandosi nell'art. 224 Cpp la norma in contrasto con gli artt. 2 e 15 Cost., nella parte in cui, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale, consente di disporre in dibattimento la perizia trascrittiva delle intercettazioni. Anche in quel caso, dunque, la Corte dovette precisare, in termini più espliciti, che l'attentato alla *privacy* deriva non già dalla trascrizione, bensì dalla preliminare (pubblica) cernita delle conversazioni da trascrivere⁵⁶. Di qui l'inconferenza della norma censurata e, quindi, l'inammissibilità della questione⁵⁷. Non sembra, tuttavia – questo il profilo di interesse ai nostri fini – che la conclusione sarebbe stata diversa, ove l'incidente di costituzionalità fosse stato correttamente costruito. La Corte, infatti, come anche il giudice rimettente, muove dalla pacifica premessa per cui le operazioni di selezione e trascrizione delle comunicazioni intercettate possano legittimamente avvenire in dibattimento, tanto da suggerire un'interpretazione costituzionalmente conforme per una simile prassi, che si risolve nell'attivazione dell'accorgimento previsto dall'art. 472 co. 2 Cpp⁵⁸.

⁵² F. Caprioli, *Tutela della privacy*, cit., 4100.

⁵³ In tal senso E. Valentini, *op. cit.*, 3004, particolarmente critica nei confronti di tale decisione, poiché antepone la logica di economia processuale non solo ai principi di concentrazione e ragionevole durata del processo, ma addirittura alla libertà personale dell'imputato, finendo per giustificare una protrazione del suo *status custodiae*.

⁵⁴ E. Valentini, *op. cit.* 3003. V., però, *infra*, nota 59.

⁵⁵ Nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma, si rimarca la collocazione della «speciale procedura» di cui all'art. 268 Cpp «in un'area estranea al dibattimento e alla sua pubblicità».

⁵⁶ La Corte, peraltro, specifica che «nella stessa prospettazione del rimettente», «il *vulnus* costituzionale lamentato non deriva dall'ordinanza che dispone la perizia in discorso, quanto piuttosto dalle attività che la precedono».

⁵⁷ C. Cost., 5.11.2012 n. 255, in *GCos* 2012, 4091 s.

⁵⁸ La soluzione era già stata suggerita in dottrina: v., per tutti, G. Illuminati, *Intercettazioni per la ricerca del latitante: quali garanzie?*, in *DPP* 1996, 85; *contra* F. Alonzi, *Dubbi di costituzionalità sulla*

Se, dunque, nella precedente occasione, il giudice costituzionale sembrava aver lasciato aperto un piccolo spiraglio per una soluzione che tenesse fermo il momento selettivo delle conversazioni nella sua sede naturale, ammettendo il differimento della sola operazione trascrittiva⁵⁹, poco oltre lo stesso giudice pare invece definitivamente attrarre anche la prima fase nello scenario dibattimentale o, quanto meno, non ne mette minimamente in discussione la possibilità.

Non è tutto. La fase di selezione e stralcio delle conversazioni intercettate è andata incontro, nella prassi, ad una sorte anche peggiore del mero “cambio di residenza”, finendo per essere completamente cancellata, non solo di fatto, ma persino formalmente.

Sul primo versante, si allude al fatto che, nelle rare occasioni in cui l’udienza è stata celebrata, secondo l’*intentio legis*, al termine delle captazioni, essa si è spesso tradotta in un’acquisizione omnicomprensiva. Lungi dall’operare una vera cernita, il pubblico ministero si limitava ad indirizzare le proprie richieste su tutto il materiale intercettato e la difesa si adeguava di conseguenza, rinviando ogni valutazione in proposito al dibattimento⁶⁰. In questo modo – evidentemente – il congegno previsto dall’art. 268 co. 6 Cpp aveva finito per smarrire totalmente la sua funzione tipica.

Ma non siamo ancora giunti all’apice del *climax*. Ridotta a mero simulacro in caso di celebrazione nella fase delle indagini, o direttamente assorbita nelle richieste di prova dibattimentali, la procedura in contraddittorio funzionale all’acquisizione e stralcio delle conversazioni intercettate è stata, in un’occasione, perfino espulsa dal sistema, in forza di interessi ritenuti superiori. La nota vicenda che ha condotto a tale risultato è quella relativa al conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo, venutosi ad innescare a causa delle intercettazioni in cui il primo era casualmente incappato, nell’ambito del processo sulla “trattativa Stato-mafia”.

Rinviando alle copiose ed approfondite riflessioni che la sentenza risolutiva del conflitto⁶¹ ha generato in relazione ai molteplici profili coinvolti⁶², ai nostri fini è

disciplina della trascrizione delle intercettazioni in dibattimento, ivi 2012, 1103.

⁵⁹ Questa ipotesi esegetica alternativa che F. Caprioli, *Tutela della privacy*, cit., 4100 intravede nelle argomentazioni della precedente sentenza costituzionale. Si tratta, peraltro, come si vedrà, della soluzione accolta dall’attuale riforma (v. *infra*, § 9.3).

⁶⁰ Così il *Parere del Consiglio Superiore della Magistratura sul disegno di legge n. 2273-C in data 2 luglio 1997* (leggibile nel *Dossier: “Intercettazioni da riformare”*, cit., 1021 s.), riprendendo quanto già, a suo tempo, osservato da G. Illuminati, *Come tutelare la riservatezza*, cit., 3. Si veda, altresì, A. Nappi, *op. cit.*, 472, secondo il quale una richiesta indiscriminata del pubblico ministero dovrebbe essere dichiarata inammissibile dal giudice, laddove, invece, una selezione preventiva da parte dell’accusa costringerebbe anche i difensori ad un più attento esame delle registrazioni, con conseguente drastica riduzione delle conversazioni da trascrivere e, a cascata, benefici in termini di costi e di tutela della riservatezza.

⁶¹ C. cost., 15.01.2013 n. 1, in *GCos 2013*, 1 s.

⁶² Si segnalano, in particolare, quanto agli aspetti concernenti le prerogative e l’ambito delle tutele immunitarie del Capo dello Stato, gli scritti di A. Anzon Demmig, *Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione*, in *GCos 2013*, 71; L. Carlassare, *La riservatezza del Presidente fra ragioni del caso e salvaguardia dei principi*, ivi 2013, 59; A. D’Andrea, *Attività informale e iper-riservatezza del Presidente della Repubblica: il via libera della Corte con qualche slancio di troppo*, ivi 2013, 77; U. De Siervo, *Una buona sentenza a tutela delle libertà del Presidente della Repubblica*, ivi 2013, 64; T.F. Giupponi, *L’inviolabilità del Presidente della Repubblica e la Corte costituzionale*, in *CP*

sufficiente sintetizzare il percorso logico argomentativo seguito dalla Corte costituzionale.

Muovendo dalla premessa per cui la *privacy* presidenziale merita una tutela assoluta (sia nell'ambito delle funzioni istituzionali esplicitate, sia riguardo a quel complesso di attività informali ad esse inscindibilmente collegate⁶³), viene enucleata una immunità assoluta del Capo dello Stato rispetto alle intercettazioni e ad altri strumenti invasivi di ricerca della prova, malgrado il difetto di una copertura costituzionale⁶⁴, come anche di disposizioni della legge ordinaria, in tal senso⁶⁵. Da ciò deriva che le captazioni nei confronti del Presidente, pur se casuali⁶⁶, siano sempre da considerare come "eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge" ai sensi dell'art 271 co. 1 Cpp e, in quanto tali, inutilizzabili. Ultimo passaggio, quello più rilevante in questa

2013, 1357; M. Mazziotti, *Osservazioni sulla sent. n. 1 del 2013, con cui la Corte costituzionale ha deciso il conflitto di attribuzione sollevato dal Presidente della Repubblica nei confronti del Tribunale di Palermo*, in *GCos* 2013, 50; F. Modugno, *Una rassegna di dottrina sulla sentenza n. 1 del 2013 della Corte costituzionale*, *ivi* 2013, 3933; A. Pace, *Intercettazioni telefoniche fortuite e menomazione delle attribuzioni presidenziali*, in *GI* 2013, 48; Id., *Intervento orale in difesa della Procura della Repubblica*, in *GCos* 2013, 48.

Con riferimento, invece, ai profili processuali, si vedano, tra gli altri, gli Autori citati nelle note che seguono.

⁶³ Quella «attività informale di stimolo, moderazione e persuasione» che la Corte considera il «cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana» (v. §§ 8.3 e 9 della sentenza).

⁶⁴ La Corte ritiene che l'assenza di una disposizione costituzionale specifica sulle intercettazioni nei confronti del Presidente non vada intesa come una «lacuna», ma che, al contrario, essa si fonda su «una presupposizione logica, di natura giuridico-costituzionale, dell'intangibilità della sfera di comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato». In dottrina, negano valore dirimente alla mancanza di una esplicita copertura costituzionale per l'immunità presidenziale dalle intercettazioni A. Camon, *La decisione del conflitto tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo: qualche incertezza sul piano tecnico, grande equilibrio su quello politico istituzionale*, in *LP* 2013, 940 e R. Orlandi, *Distrugete quelle registrazioni*, in *CP* 2013, 1351, alle cui considerazioni sul punto si rinvia. Di parere contrario A. Anzon Demmig, *op. cit.*, 73. e E. Marzaduri, *La ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano e la garanzia della riservatezza assoluta delle comunicazioni presidenziali*, in *LP* 2013, 959, i quali intravedono un ostacolo per la tesi sopra riportata nell'art. 90 Cost., che opererebbe da limite rispetto al perimetro dell'immunità presidenziale. Fortemente critico nei confronti dell'interpretazione sistematica operata dalla Corte nel delineare tale immunità P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali del Presidente Napolitano. I non sequitur della Corte costituzionale*, in *GCos* 2013, 1292 s., il quale la etichetta come una vera e propria «creazione *ex nihilo*», nonché F. Cordero, *La geometria del diritto*, in *La Repubblica* (6.12.2012); Id., *L'arcano d'ancien régime*, *ivi*, (18.1.2013).

⁶⁵ Per una sintesi delle diverse ipotesi ricostruttive tese all'individuazione di un aggancio normativo per l'immunità presidenziale rispetto alle forme di aggressione alla propria riservatezza, si rinvia a C. Gabrielli, *Intercettazioni e cariche istituzionali*, Torino 2017, 105 s.

⁶⁶ Sulla rilevanza solo parziale, nel caso di specie, della distinzione tra intercettazioni dirette e casuali, v. R. Orlandi, *Distrugete quelle registrazioni!*, *cit.*, 1351 e 1353 s., il quale ne sottolinea l'incidenza solo al fine dell'individuazione delle relative conseguenze (divieto di acquisizione nel primo caso, divieto di utilizzazione nel secondo), restando, a monte, impregiudicata l'esigenza di proteggere, con eguale intensità, la segretezza delle conversazioni presidenziali. Si veda, altresì, N. Galantini, *Un commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale sul conflitto di attribuzione tra il Capo dello Stato e la Procura di Palermo*, in *DPenCont* 2013, 235, secondo cui la captazione occasionale, nel caso di specie, si attergerebbe a mera «modalità non prevista che non incide sulla intercettazione, di per sé non ammissibile».

sede: la doverosa distruzione di tali registrazioni va effettuata dal giudice al di fuori del contraddittorio, dunque senza passare per l'udienza stralcio, così da scongiurare ogni possibile divulgazione dei colloqui, neutralizzando alla radice qualsivoglia *vulnus* alla (assoluta) riservatezza presidenziale.

Per giungere a tale conclusione, la Corte elabora un distinguo, all'interno dell'art. 271 Cpp, tra intercettazioni inutilizzabili per «per inosservanza di regole procedurali» (concernenti «comunicazioni non inconoscibili e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata seguita la procedura corretta») e quelle inutilizzabili per «ragioni di ordine sostanziale» (che si pongono a presidio di valori e diritti costituzionali ulteriori rispetto alla segretezza delle comunicazioni, tra cui rientrano anche le captazioni dei colloqui del Presidente, quantunque casuali)⁶⁷. Queste ultime necessitano di una tutela rafforzata, ragion per cui la loro distruzione non può seguire la procedura ordinaria di cui agli artt. 268 e 269 Cpp, ma deve svolgersi al di fuori di un contesto partecipato⁶⁸. In sostanza, la modalità di distruzione *de plano* delle (inutilizzabili) conversazioni presidenziali assurge ad «elemento centrale della garanzia della riservatezza»⁶⁹ riconosciuta al Capo dello Stato.

La pronuncia succintamente riportata è ricca di stimoli per le riflessioni che si vanno conducendo in questo scritto.

In primo luogo, per riprendere il filo conduttore del discorso, negli approdi raggiunti dal giudice delle leggi è stata colta la traccia di una «disapplicazione di fatto da parte della Corte costituzionale» dell'ordinaria procedura acquisitiva delle intercettazioni, la cui «desuetudine», dovuta alla «strutturale disfunzione» che la caratterizza, aveva trovato, secondo tale opinione, «il più autorevole avallo»⁷⁰.

A tal proposito, bisogna, in realtà, tener presente che la procedura di distruzione delle intercettazioni inutilizzabili ai sensi dell'art. 271 co. 3 Cpp non è integralmente sovrapponibile a quella prevista dall'art. 269 Cpp. Mentre quest'ultima, infatti, presuppone una selezione delle conversazioni rilevanti, cui può far seguito, su iniziativa degli interessati, la distruzione di quelle scartate⁷¹; nell'ipotesi di cui all'art. 271 Cpp, invece, si tratta di procedere, anche *ex officio*, alla necessaria distruzione di intercettazioni inutilizzabili, tanto che lo stesso art. 269 Cpp fa salva l'ipotesi (doverosa) di cui all'art. 271 co. 3 Cpp. Le differenze tra le due fattispecie⁷² sono, infatti, valorizzate dai giudici della Consulta per sostenere l'inapplicabilità della procedura partecipata alla distruzione delle conversazioni presidenziali, nel senso che essa sottende un vaglio di rilevanza inconferente rispetto ad intercettazioni da distruggere poiché inutilizzabili e prevede uno svolgimento in contraddittorio, attraverso il rinvio all'art. 127 Cpp che, al contrario, non è richiamato dall'art. 271 Cpp, il quale, dunque, non impone, ma nemmeno esclude, un'udienza partecipata.

⁶⁷ Non del tutto inedita, la distinzione tra inutilizzabilità formali e sostanziali delle intercettazioni è stata recisamente negata dalle Sezioni Unite, secondo le quali anche la violazione di regole formali si pone in contrasto con l'art. 15 Cost., di cui le stesse concorrono a garantire la tutela (Cass., S.U. 25.03.2010 n. 13426, in *CEDCass*, m. 246721).

⁶⁸ V. § 15 della sentenza.

⁶⁹ E. Marzaduri, *La ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato*, cit., 960.

⁷⁰ A. Cabiale, *op. cit.*, 109 e 116 s.

⁷¹ L'attivazione del meccanismo di cui all'art. 269 Cpp presuppone l'esaurimento della procedura prevista dall'art. 268 Cpp: v., in tal senso, Cass. 30.04.1997 n. 1759, in *CEDCass*, m. 208651.

⁷² Sulle quali, diffusamente, A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 259 s.

Tuttavia, come correttamente osservato⁷³, riguardo alla superfluità del giudizio di rilevanza è proprio la Corte a smentire se stessa, nel momento in cui affida al giudice il delicato compito di derogare all'immediata distruzione, in presenza di «interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica»⁷⁴. Ma, soprattutto, è opinione condivisa quella per cui, pur nel silenzio della legge, la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili debba sempre avvenire in contraddittorio⁷⁵. Più in generale, l'*iter* ordinario, stabilito per tutte le intercettazioni, prevede il loro passaggio attraverso le fasi di deposito, selezione, acquisizione/stralcio e, se del caso, distruzione (eventuale per le conversazioni irrilevanti, obbligatoria per quelle inutilizzabili); né dal sistema possono ricavarsi eccezioni di sorta, che rimettano alla decisione solitaria del giudice o, addirittura, all'iniziativa della pubblica accusa – come pretendeva il ricorso presentato dalla Presidenza della Repubblica – l'immediata distruzione dei colloqui.

Dunque, pur nella assoluta particolarità del caso⁷⁶, la decisione della Corte aveva sferrato un ulteriore e robusto fendente al sistema codicistico di selezione e stralcio delle intercettazioni. Peraltro è singolare che, mentre nelle ipotesi ordinarie è stata proprio la disapplicazione di tale procedura, così come ideata dal codice, a determinare gravi violazioni del diritto alla *privacy*, quando in gioco vi sia la riservatezza presidenziale, quella medesima procedura sia divenuta essa stessa un ingombro.

La pronuncia offre ulteriori spunti significativi nell'economia del nostro discorso.

Appare fin troppo evidente, ad esempio, che la soluzione fornita dai giudici costituzionali in ordine alle modalità di distruzione delle conversazioni del Presidente comporti un sacrificio enorme per il diritto di difesa dell'imputato, privato della possibilità di partecipare ad una scelta che potrebbe avere conseguenze notevoli per la sua posizione. Un sacrificio ritenuto insufficiente – perché l'esclusione della difesa dalla procedura distruttiva non elimina il rischio di una indebita divulgazione del materiale, che ben potrebbe risalire ad altri soggetti del procedimento⁷⁷ – e comunque non necessario, in quanto per contemperare i diritti difensivi e "la ragion di Stato", sarebbe bastata l'apposizione da parte del giudice del vincolo di segretezza *ex art.*

⁷³ P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali*, cit., 1297.

⁷⁴ Sulla portata di tale controversa clausola finale si vedano, in particolare, le considerazioni espresse da A. Camon, *La decisione del conflitto*, cit., 940 s.; L. Filippi, *L'immunità assoluta del Presidente della Repubblica dalle intercettazioni*, in *LP* 2013, 944 s.; N. Galantini, *op. cit.*, 236 s.

⁷⁵ Tra gli altri, A. Cabiale, *op. cit.*, 116, che spiega il silenzio sul contraddittorio serbato dall'art. 271 co. 3 Cpp come dovuto alla presunzione che esso si sia già realizzato in sede di udienza stralcio; F. Cordero, *Le parole incaute del Colle*, in *La Repubblica* (22.8.2012); P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali*, cit., 1297, secondo cui tale conclusione discende automaticamente dal principio del contraddittorio, «doppiamente tutelato dall'art. 111, commi 2 e 4 Cost.», che impone «una più che legittima 'interpretazione adeguatrice', pienamente compatibile con il tenore dell'art. 271 c.p.p.»; C. Gabrielli, *Intercettazioni e cariche istituzionali*, cit., 111 s.; R. Orlandi, *Distruggete quelle intercettazioni*, cit., 1355 s., il quale ricorda come anche la giurisprudenza sia orientata in tal senso, citando Cass., 26.05.2009 n. 25590, in *CEDCass*, m. 244153.

⁷⁶ Da più parti è stata sottolineata la valenza politica della decisione e l'esito scontato che avrebbe avuto il conflitto: per tutti, si richiamano le icastiche parole di A. Camon, *La decisione del conflitto*, cit., 937, secondo il quale «se il Colle non poteva perdere, restava però da stabilire come e di quanto dovesse vincere».

⁷⁷ Così P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali*, cit., 1293 s.

114 co. 5 Cpp, nell'ambito di una procedura partecipata⁷⁸. Ebbene, si tratta di aspetti, quelli relativi all'eccessivo sacrificio delle prerogative difensive e perfino ad una certa diffidenza nei confronti dell'avvocatura⁷⁹, che ritroviamo anche nella riforma appena varata. Dunque anche al cospetto della "privacy comune", l'equilibrio tra i contrapposti interessi coinvolti dall'impiego delle intercettazioni corre sul filo del rasoio. L'aspetto sarà oggetto di attenzione nel prosieguo⁸⁰.

3. Il panorama giurisprudenziale ricostruito nel paragrafo precedente ci proietta in uno scenario più ampio, all'interno del quale sembra doversi calare anche la riflessione sull'odierna riforma.

Proviamo a mettere insieme due dati.

Primo. La Corte costituzionale, nel tentare di uscire dal delicatissimo *impasse* che il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato aveva generato, ha finito per emanare una sentenza ispirata a «considerazioni pragmatiche – tutt'al più di opportunità –»⁸¹, a discapito del dato tecnico. La soluzione corretta sarebbe stata quella di sollevare dinanzi a sé una questione di legittimità costituzionale dell'art. 271 Cpp, nella parte in cui non impone la distruzione delle conversazioni presidenziali al di fuori del contraddittorio e, solo a quel punto, riscrivere la norma mediante una sentenza additiva⁸².

Secondo. Anche la disapplicazione dell'udienza stralcio nella prassi ordinaria ha avuto ragioni essenzialmente pratiche, ed allo stesso modo si è caratterizzato il relativo avallo da parte del giudice di legittimità e costituzionale⁸³. Per non parlare della esplicita ammissione proveniente dall'organo di autogoverno della Magistratura, secondo cui la celebrazione di tale procedura è venuta di fatto a dipendere, negli anni, dalla "sostenibilità organizzativa" degli uffici⁸⁴.

Ebbene, in entrambi i casi, appare piuttosto evidente lo strappo che si consuma sul terreno della legalità.

La dottrina non ha avuto remore nell'evidenziare tale aspetto riguardo all'itinerario seguito dalla Corte costituzionale: «si avventur[a] in opinabilissimi sentieri esegetici, ben oltre il recinto semantico della norma»⁸⁵, alla quale attribuisce un significato non enucleabile dal dato testuale, attraverso una «sedicente

⁷⁸ Questa la condivisibile soluzione proposta da R. Orlandi, *Distruggete quelle intercettazioni*, cit., 1355 e sostanzialmente condivisa da P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali*, cit., 1294 e E. Marzaduri, *La ricostruzione del ruolo del Capo dello Stato*, cit., 961 s.

⁷⁹ Coglie tale aspetto tra le righe della sentenza costituzionale P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali*, cit., 1294, che ritiene esservi «qualcosa di vagamente offensivo per l'avvocatura nell'escludere la difesa dalla procedura distruttiva, per il solo timore della divulgazione di materiale segreto».

⁸⁰ V. *infra*, § 4.

⁸¹ C. Gabrielli, *Intercettazioni e cariche istituzionali*, cit., 111 s.

⁸² Così A. Camon, *La decisione del conflitto*, cit., 940, secondo il quale una simile strada sarebbe stata certamente più rispettosa del principio di legalità e, nei medesimi termini, G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *GCos* 2012, 4899, nota 2.

⁸³ V. *supra*, § 2.

⁸⁴ Delibera del 29 luglio 2016: «Riconoscimento di buone prassi in materia di intercettazione di conversazioni», consultabile sul sito internet www.csm.it. Nel medesimo senso, C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 12.

⁸⁵ Efficacemente G. Giostra, *loc. ult. cit.*

interpretazione costituzionalmente orientata»⁸⁶ o «'adeguatrice' dell'art. 271 c.p.p. che è in realtà sostanzialmente 'additiva'»⁸⁷.

Altrettanto critico il giudizio rispetto alla diffusa disapplicazione dell'udienza stralcio nella pratica quotidiana, soprattutto in quanto assurda a premessa pacifica per l'elaborazione di «"virtuose" modalità operative» da parte delle Procure della Repubblica. Si osserva come «alla volontà della legge, che definisce *a priori* l'equilibrio tra i molteplici interessi in gioco (successo nelle indagini, correttezza nell'operato dell'autorità, diritto di difesa, riservatezza dei colloqui irrilevanti) quei documenti sostituisc[a]no altri parametri improntati alla elasticità delle soluzioni, come il "buonsenso" e l'impiego "accorto" del vaglio anticipato davanti al giudice "in termini di sostenibilità organizzativa"»⁸⁸. Più, in generale, l'elaborazione di circolari, linee-guida, protocolli, *vademecum* rappresenta un fenomeno in crescita in ambito giuridico, soprattutto con riferimento ad istituti riguardo ai quali la componente operativa è molto spiccata⁸⁹. Ma, a ben guardare, il fenomeno si va diffondendo anche al di fuori di una reale necessità pratica: è ormai quasi di regola, ad esempio, l'apparizione di protocolli esplicativi di riforme appena varate, quasi a porsi come interpreti autentici del legislatore⁹⁰. Addirittura sono apparse linee-guida anche subito dopo la riforma delle intercettazioni, già a sua volta preceduta ed ispirata da tali documenti⁹¹.

⁸⁶ Ancora G. Giostra, *loc. ult. cit.*

⁸⁷ P. Ferrua, *La sentenza sulle intercettazioni casuali*, cit., 1301, il quale aggiunge che tale interpretazione sostanzialmente additiva segue ad un'interpretazione sistematica della Costituzione, anch'essa da considerarsi additiva, nella misura in cui enuclea un'immunità inesistente. Dunque una «doppia 'addizione' [che] risulta decisamente inappropriata nell'ambito di un conflitto di attribuzione». L'Autore individua anche la ragione della ritrosia da parte del giudice delle leggi a sollevare davanti a sé la questione di costituzionalità, rinvenendola non solo «nella difficoltà di reperire un preciso parametro costituzionale, ma anche e soprattutto» nel fatto che, in tal caso, avrebbe dovuto fare i conti con il principio del contraddittorio di cui all'art. 111 Cost. (degradato ad «astratta simmetria processuale») e sacrificarlo sull'altare della riservatezza presidenziale, cosa che avrebbe creato un qualche imbarazzo alla Corte (così a p. 1297 s.). Sull'indefettibilità del contraddittorio, si veda anche F. Cordero, *Se la procedura resta una cosa seria*, in *La Repubblica*, (25.7.2012), secondo cui tale principio non è certo un «lusso che il legislatore conceda o tagli *ad libitum*», nonché in *La geometria del diritto*, cit.; *L'arcano d'ancien régime*, cit. e, infine *Le sentenze suicide*, in *La Repubblica* (26.01.2013), articoli nei quali rimarca come la Corte abbia dimenticato anche l'art. 24 Cost. tra i parametri di riferimento.

⁸⁸ D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale*, Padova 2016, 77 s.

⁸⁹ Si pensi, in particolare, alla sospensione del processo con messa alla prova, introdotta con la l. 28.4.2014 n. 67, che vive nella prassi soprattutto grazie ai documenti operativi elaborati dai diversi Uffici giudiziari, con la collaborazione degli Ordini professionali, della Camera penale e dell'Ufficio esecuzione penale esterna.

⁹⁰ È accaduto, da ultimo, proprio con la "Riforma Orlando", cui sono seguite le linee guida emanate dalla Cassazione, soprattutto allo scopo di regolamentare alcuni profili intertemporali, v. *Legge 23 giugno 2017, n. 103. Linee Guida*, documento leggibile sul sito della Suprema Corte (www.cortedicassazione.it), e quelle di alcuni uffici territoriali, come la Procura di Tivoli: *Prime linee guida per l'applicazione della legge 23 giugno 2017 n. 103, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.9.2017.

⁹¹ Si vedano le linee guida della Procura di Velletri del 15 gennaio 2018: «*Linee guida sulla nuova disciplina in tema di intercettazioni*», leggibili in www.penalecontemporaneo.it, 17.01.2018 e le linee guida della Procura di Bologna del 18 gennaio 2018: «*La nuova disciplina delle intercettazioni. Profili di interesse per la polizia giudiziaria ed il pubblico ministero*».

I pericoli di questa tendenza sono stati evidenziati anche da parte di chi solitamente concorre all'elaborazione di quei documenti: si rischia di entrare in collisione con il principio di legalità, soprattutto quando essi ambiscono a riempire vuoti normativi, disciplinando con maggior grado di dettaglio alcuni istituti, oppure a risolvere le criticità che dovessero caratterizzarli⁹². Non è un caso, del resto, se il florilegio di atti di “soft-law” venga citato, nelle più recenti riflessioni in tema di legalità, come uno dei punti di emersione della profonda crisi che tale principio sta attraversando⁹³.

Aggiungiamo un ulteriore tassello in questo variegato mosaico. I due fattori sopra richiamati – la “manipolazione” giurisprudenziale del dato normativo, da un lato, ed il proliferare di atti organizzativi che ambiscono a farsi legge, dall'altro – sono andati combinandosi in modo piuttosto intricato, talvolta anche entrando in conflitto tra di loro, come dimostra la seguente questione.

Si è appena visto che le circolari emanate dalle Procure muovevano da un presupposto scontato, ma non per questo meno allarmante (anzi, semmai proprio per questo, più allarmante): la disapplicazione del dato normativo, con riferimento alla procedura di cui all'art. 268 co. 6 Cpp. Ai guasti generati da tale prassi, la Suprema Corte – che pur aveva contribuito ad alimentarla, sancendone la piena legittimità⁹⁴ – aveva, per contro, tentato di porre rimedio, offrendo una soluzione senza dubbio rispettosa della *privacy*, ma decisamente lesiva del diritto di difesa. Si allude al già accennato orientamento⁹⁵ che negava alla difesa il diritto di ottenere la copia dei verbali e delle registrazioni fino al momento della selezione del materiale intercettato, anche qualora esso dovesse cadere – come ordinariamente avveniva – in fase molto avanzata, quale l'apertura del dibattimento. In sostanza, le intercettazioni (*rectius* i verbali e le registrazioni) venivano sottratte al regime di conoscibilità entro cui ricadono tutti gli atti dopo la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini, poiché, in caso contrario, la successiva procedura di filtro avrebbe visto totalmente frustrati i propri fini⁹⁶.

Ebbene, le norme di autoregolamentazione messe a punto dalle Procure, da una parte, davano per scontata la disapplicazione del dato normativo e, dall'altra, ignoravano l'interpretazione riequilibratrice (o presunta tale)⁹⁷ che la Suprema Corte aveva elaborato a tutela della *privacy*⁹⁸, offrendo, dal canto loro, una soluzione che, per certi versi, riportava al dato di partenza: la doverosa celebrazione dell'udienza stralcio, al più tardi, subito dopo la chiusura delle indagini preliminari. Molti uffici, infatti,

⁹² V. Bove, *Brevi riflessioni su protocolli e linee guida: è a rischio il principio di legalità?* in www.penale-contemporaneo.it, 17.7.2015, 7 s.

⁹³ Oltre che nel già citato saggio di D. Negri, *op. cit.*, 77 s., l'esempio si rinviene in A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 647 s., che giunge alle medesime conclusioni, partendo da una prospettiva speculare, cioè da una riflessione sulle linee-guida; F. Caprioli, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato*, in *IP* 2017, 968; P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *DPP* 2017, 1273.

⁹⁴ V. *supra*, § 2.

⁹⁵ V. *supra*, nota 27.

⁹⁶ Cass. 1.10.2009 n. 4976, in *CEDCass*, m. 246061; Cass. 3.05.2011 n. 21063 *ivi*, m. 250103.

⁹⁷ Critico rispetto all'orientamento interpretativo sul rapporto tra l'art. 268 co. 6 e l'art. 415 *bis* Cpp, F. Caprioli, *La procedura di selezione e stralcio*, cit., 554 s.

⁹⁸ Negando ai difensori il diritto di copia delle registrazioni già depositate, ma non ancora selezionate.

partivano dal presupposto, disatteso invece dalla Cassazione, che il deposito delle registrazioni unitamente all'intero compendio indiziario determinasse l'operatività esclusiva dell'art. 415 bis Cpp; ma poiché ciò spalancava le porte alla possibilità di ottenere la copia dell'intera mole delle conversazioni captate, anche di quelle che successivamente potrebbero andare distrutte, si rendeva immediatamente necessaria la loro cernita⁹⁹.

Ma – ecco il punto – il problema del delicato rapporto tra l'art. 268 co. 6 Cpp e l'art. 415 bis Cpp non si sarebbe nemmeno posto, ove fosse stato rispettato *ab origine* il dettato normativo. Come correttamente osservato, «delle due l'una: o si ritiene che neppure a indagini concluse la difesa abbia diritto di ottenere copia delle intercettazioni depositate, se non è stata celebrata l'udienza ex art. 268 co. 6 Cpp, e allora procrastinare al dibattimento la procedura di filtro non può che ritenersi una scelta lesiva del diritto di difesa (come tale non processualmente innocua); oppure si muove dalla premessa contraria, e allora una simile scelta non può che ritenersi irrispettosa delle esigenze di riservatezza che il meccanismo processuale di cui all'art. 268 co. 6 Cpp intende salvaguardare. Ma la conclusione è la medesima: l'udienza di selezione e stralcio va doverosamente celebrata, al più tardi, immediatamente dopo la conclusione delle indagini preliminari»¹⁰⁰.

Se questo era il quadro – circolari amministrative in contrasto con gli orientamenti giurisprudenziali che, a loro volta, disapplicavano il dato normativo – va di certo salutata con favore l'introduzione di una riforma che riporta la legge al centro dell'universo-intercettazioni, ristabilendone il primato (ove mai ce ne fosse stato bisogno) nella regolamentazione di questa e di ogni altra materia in ambito penale. È appena il caso di sottolineare, come ricorda attenta dottrina, che le linee guida messe a punto dalle Procure erano state recepite dal Consiglio Superiore della Magistratura con la delibera già citata in questa sede¹⁰¹, suscitando il favore dell'opinione pubblica, tradottosi addirittura «nell'auspicio affinché parlamento e governo abbandonassero i propositi di riforma della procedura in questione per non irrigidire nel calco della legge una materia così bene plasmata e resa duttile dalle mani esperte dei magistrati inquirenti. Come se nulla importasse del principio di rappresentanza democratica alla base della riserva di legge»¹⁰².

Peraltro, se le circolari si fossero limitate a riaffermare il dettato normativo (con riferimento alle cadenze dell'udienza stralcio), l'attrito sul terreno della legalità si ridimensionerebbe fino ad annullarsi. Tutto sommato, ci saremmo trovati dinanzi a buone prassi che si muovevano in senso conforme alla legge, anzi tentando di riportare entro binari virtuosi l'operato dei pubblici ministeri¹⁰³. Ma tali elaborati si erano spinti

⁹⁹ Ricostruisce in questi termini il percorso logico seguito da talune circolari A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 647 s.

¹⁰⁰ F. Caprioli, *La procedura di selezione e stralcio*, cit., 555.

¹⁰¹ V. *supra*, nota 84.

¹⁰² D. Negri, *op. cit.*, 78. Molto critico rispetto all'atteggiamento del C.S.M., nella misura in cui «dà per scontato l'allontanamento dal dettato codicistico», anche G.P Voena, *Processo penale e mezzi di comunicazione di massa: un instabile stato dell'arte*, in PPG 2017, 1120, il quale, con riferimento alla citata delibera dell'organo di autogoverno della magistratura, osserva severamente come «il contrasto con il principio di legalità processuale non p[ossa] essere celato dal titolo autoassolutorio che allude ad una mera "ricognizione di buone prassi"».

¹⁰³ Rimarrebbe, al più, l'impressione di quel giro circolare, cui si accennava nel primo paragrafo, v.

ben oltre, propugnando soluzioni “straripanti” dal recinto della mera «interpretazione e applicazione dei precetti», fino a porsi *praeter* o addirittura *contra legem*¹⁰⁴.

Ecco, allora, che il quesito cruciale diviene: la riforma appena approvata costituisce davvero, nella sostanza, una riaffermazione della legge? O piuttosto in essa si può cogliere il segno di un ennesimo cedimento alla prassi?

È stato autorevolmente osservato – da ultimo proprio con riferimento alla riforma del processo penale realizzata con la “legge Orlando” – che «per riprendere forza ed effettività, il diritto vigente è ormai spesso costretto ad allinearsi alla giurisprudenza, a inseguire e ratificare il diritto vivente»¹⁰⁵. Riguardo alle intercettazioni, sembra essere avvenuto il contrario: ci troviamo dinanzi ad una legge che reagisce al diritto vivente per riaffermare, pur con molti correttivi, quello vigente. Una legge che, peraltro, attinge a piene mani dalle circolari delle Procure. Dunque, non potrebbe anche tale reazione considerarsi il frutto di una rincorsa allo strapotere del diritto vivente e alla forza emergente del c.d. *soft law*?

L’interrogativo non è un mero esercizio di stile, come potrebbe apparire alla luce di un testo di legge ormai approvato, ma merita attenzione nella misura in cui le premesse finora tracciate si ripercuotono sulle scelte operate dal legislatore.

4. Nelle prime battute di questo scritto, si è definito un “ossimoro” il criterio direttivo della legge delega volto a garantire la “riservatezza delle comunicazioni oggetto di intercettazione”¹⁰⁶. Ma, al di là della prima impressione che un simile accostamento può suscitare, il monito del legislatore, in cui si condensa lo spirito della novella, rimanda in realtà alla corretta distinzione tra due piani che devono rimanere separati quando si parla di intercettazioni. «Il primo è il tema della “segretezza”, che concerne i limiti al potere di intercettare comunicazioni. Il secondo è il tema della “riservatezza”, che riguarda i limiti alla divulgazione esterna delle notizie intercettate, specie quando queste attengano a terzi o a fatti penalmente irrilevanti»¹⁰⁷. In altri termini, sembra ovvio che l’esigenza di tutela della riservatezza degli interlocutori «permane anche se le intercettazioni sono state legittimamente eseguite»¹⁰⁸, ed è questo l’aspetto su cui si incentra la novella.

Alla tracciata distinzione corrispondono, in astratto, due linee di intervento, l’una incidente sui presupposti che legittimano il ricorso alle intercettazioni, l’altra sui momenti che scandiscono la fase successiva al loro deposito. Le due azioni andrebbero logicamente collocate in un rapporto di causa-effetto: «è certo che riducendo le

supra, § 1, p. 7.

¹⁰⁴ Così A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 650 e 651, sua l’efficace immagine dello straripamento e l’uso della terminologia generalmente impiegata riguardo al rapporto tra le fonti.

¹⁰⁵ P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge*, cit., 1270, che prosegue aggiungendo: «a volte maldestramente come accade con la riforma Orlando». L’Autore si riferisce a talune scelte della nuova legge: una per tutte, quella trasfusa nell’art. 438 co. 6 *bis* Cpp.

¹⁰⁶ V. *supra*, § 1, p. 2.

¹⁰⁷ P. Ferrua, *Due temi da distinguere nel dibattito sulle intercettazioni*, in *DPP* 1997, 486. Nello stesso senso G. Spangher, *Linee guida*, cit., 1209. Per una disamina di ampio respiro sulla portata di tali concetti e le loro reciproche interazioni si rinvia al fondamentale studio di F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Torino, 2000, in particolare Cap. I.

¹⁰⁸ Efficacemente G. Illuminati, *Bisogna forse abolire le intercettazioni?*, cit.

intercettazioni – a monte – si riduce – a valle – la divulgazione»¹⁰⁹. Tuttavia, l'idea di razionalizzare l'impiego di questo mezzo probatorio, irrobustendone le condizioni di accesso, è tutt'altro che condivisa, evidenziandosi, al contrario, come una sua sensibile riduzione non impedirebbe gli inconvenienti derivanti dalla «scorretta applicazione» della disciplina normativa concernente tanto l'ammissione dello strumento probatorio, quanto l'utilizzazione dei suoi risultati¹¹⁰. Ancor più drastico il punto di vista del Consiglio Superiore della Magistratura, secondo cui la causa del *vulnus* alla riservatezza va inequivocabilmente individuata non già nella raccolta del dato, bensì nella sua eventuale patologica gestione¹¹¹.

Ebbene, l'odierna riforma si inserisce proprio in questa logica, nella misura in cui lascia intatte le cadenze del momento applicativo, per cambiare, invece, il volto della fase acquisitiva.

La scelta sembra invertire la tendenza espressa dalle iniziative susseguitesi negli ultimi anni – alcune delle quali si preoccupavano di intervenire sui presupposti che legittimano il ricorso alle intercettazioni¹¹² – per tornare ai primi progetti riformatori, che, invece, si erano mossi nella convinzione che la disciplina in tema di condizioni di accesso allo strumento captativo fosse «sufficientemente rigorosa»¹¹³, nonostante i segni di cedimento già all'epoca manifestati sul terreno applicativo. Una giustificazione che, in realtà, nascondeva la volontà di non intervenire sui «punti tecnicamente aspri e politicamente caldi della materia»¹¹⁴.

Rinviando l'approfondimento di questo specifico aspetto alle notazioni conclusive dello scritto, sembra tuttavia opportuno anticipare sin d'ora come una riforma che si prefigga quale obiettivo il contenimento del sacrificio della *privacy* entro limiti strettamente necessari alle esigenze di giustizia non possa permettersi di trascurare il momento in cui il mezzo investigativo che più di ogni altro mette a repentaglio quel diritto trova la sua genesi.

L'ottica di bilanciamento tra gli interessi in gioco, che deve necessariamente caratterizzare la disciplina delle intercettazioni, vede nella logica dell'*extrema ratio* il punto di sutura tra l'esigenza di accertamento dei reati e la tutela delle libertà individuali. In questo senso, rendere effettivo il carattere di indispensabilità del ricorso alle intercettazioni costituisce una premessa da cui non si può prescindere se si vuole che il bilanciamento funzioni realmente¹¹⁵. Appare, allora, piuttosto discutibile l'idea di poter gettare una rete tra le cui maglie finisce inevitabilmente per restare impigliato

¹⁰⁹ G. Spangher, *Linee guida*, cit., 1209.

¹¹⁰ In questo senso A. Nappi, *op. cit.*, 470 s., il quale fa riferimento sia al difetto di determinatezza che spesso caratterizza la richiesta del pubblico ministero e al conseguente blando controllo giudiziale, sia alla nota prassi elusiva delle garanzie previste per la fase acquisitiva.

¹¹¹ Consiglio Superiore della Magistratura, *Ricognizione di buone prassi*, cit.

¹¹² V. *infra*, § 13.

¹¹³ V. *Relazione al Disegno di legge n. 2273* recante “Modifiche alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni” presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia alla Camera dei deputati il 27 novembre 1996, in *DPP* 1997, 1013 (d'ora in avanti “d.d.l. Flick”).

¹¹⁴ Si esprime in questi termini C. Cesari, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni*, cit., 1281, che ritiene esplicita in tal senso la *Relazione* al d.d.l. citata nella nota precedente.

¹¹⁵ E' innegabile che, nella prassi, la valutazione di tale requisito sia «talmente elastica da aver perso una qualsiasi incidenza», così P. Profiti, *Intervento nel Forum “Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni?”*, in *QuestG* 2006, 1216.

materiale cospicuo ed eterogeneo – ricorrendo ad un'immagine molto in voga con riferimento alle intercettazioni¹¹⁶ – e poi cercar di far passare quello stesso materiale attraverso un imbuto dal collo strettissimo.

Sul punto bisogna intendersi. È chiaro che la captazione di conversazioni del tutto irrilevanti ai fini delle indagini non potrà mai essere del tutto eliminata, neppure da un eventuale rafforzamento dei presupposti applicativi delle intercettazioni – peraltro di difficile concretizzazione¹¹⁷ – e che, dunque, la chiave di volta per la tutela della riservatezza risieda, in definitiva, nel momento selettivo. Tuttavia, se non si opera qualche correttivo a monte (a fronte di condizioni la cui indeterminatezza gioca senza dubbio un ruolo nell'abuso di tale strumento investigativo), il filtro a valle, per quanto rigorosamente congegnato, rischia di non funzionare.

In altri termini, la disciplina delle intercettazioni è data da un insieme di norme che disciplinano i vari momenti attraverso i quali il mezzo di ricerca della prova prende vita (i presupposti di applicazione), compie il suo cammino (le regole esecutive), per poi offrire risultati le cui modalità di trattamento si rivelano essenziali per il soddisfacimento dei diversi interessi in gioco (la procedura di selezione e acquisizione). Sicché il modo con cui tali disposizioni interagiscono tra di loro è fondamentale per garantire gli equilibri complessivi dell'istituto. In questo senso, allora, appare piuttosto miope un intervento che, guidato dalla stella polare della tutela della riservatezza, modifichi (opportunamente) la fase successiva all'applicazione delle intercettazioni, senza preoccuparsi di ridurne l'applicazione stessa. Nonostante le opinioni contrarie, continua a sembrare infallibile la logica per cui la limitazione a monte avrebbe immancabili ricadute a valle. Se la sorgente del fiume è troppo ampia, una diga alla foce difficilmente può trattenere il corso d'acqua. Volendo usare un gioco di parole, si potrebbe dire che, per raggiungere un corretto bilanciamento tra gli interessi in gioco, obiettivo precipuo della riforma, occorre una disciplina bilanciata.

Non è questa la strada imboccata dal legislatore, che ha deciso di intervenire solo sul momento finale della complessa procedura intercettativa, quando essa ha già dato i propri (copiosi) frutti.

Ma anche all'interno della fase acquisitiva, specifico oggetto delle modifiche, l'equilibrio si rivela indispensabile. Anzi, è proprio questa la fase in cui i rapporti tra i diversi valori in gioco rischiano di farsi incandescenti. Ecco, allora, che i singoli segmenti di quella procedura devono risultare in perfetta armonia tra di loro, a meno di scontentare uno degli interessi coinvolti. Di qui l'estrema delicatezza dell'intervento in un simile congegno.

Ebbene, muovendoci lungo la linea dell'equilibrio – se l'odierna riforma, come visto, si ispira alla logica secondo cui quel che conta non è ridurre l'uso delle intercettazioni, ma incidere sul meccanismo di selezione – allora un dubbio affiora già con riferimento al suo *incipit*, nella parte in cui viene affidato alla polizia giudiziaria un primo vaglio di rilevanza delle comunicazioni intercettate¹¹⁸, rispetto al quale non sembra valere la logica di fondo della novella. In altri termini: perché inserire una selezione precoce da parte dell'organo di polizia, se poco più avanti vi sarà una efficace

¹¹⁶ La cui paternità appartiene a G. Giostra, *Intervento*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit., 402.

¹¹⁷ Per qualche spunto, v. *infra*, § 13.

¹¹⁸ Si veda il combinato disposto degli artt. 267 co. 4 ultima parte e 268 bis Cpp, su cui *infra*, § 5.

cernita condotta secondo la nuova procedura, che manda all'archivio riservato tutto ciò che risulterà irrilevante o inutilizzabile?

Per rispondere alla domanda, occorre addentrarsi nelle singole movenze della nuova normativa, a partire proprio dalla inedita preselezione della polizia giudiziaria.

5. La nuova procedura acquisitiva dei risultati delle intercettazioni prende le mosse da un divieto. In base al novellato articolo 268 co. 2 *bis* Cpp, non possono costituire oggetto di trascrizione, nemmeno riassuntiva, due categorie di colloqui: quelli «irrilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti», nonché quelli «parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge»¹¹⁹, ove la duplicità è, per vero, solo apparente, posto che il secondo gruppo risulta, all'evidenza, già ricompreso nel primo¹²⁰. In tal caso, nel verbale delle operazioni dovranno essere riportati solo i dati esteriori delle comunicazioni (data, ora e dispositivo bersaglio della registrazione), mentre il relativo contenuto sarà riassunto in una separata «*annotazione*» da inviare preventivamente al pubblico ministero (art. 267 co. 4, ultimo periodo Cpp)¹²¹.

Tale passaggio preliminare, pur ponendosi «a monte» delle scansioni caratterizzanti il procedimento acquisitivo, «rischia di condizionarlo»¹²² pesantemente, tanto da poter essere ritenuto, a pieno titolo, come il primo dei tre stadi che lo compongono¹²³. È dunque opportuno soffermarsi sulle dinamiche di questo singolo segmento – che già al suo interno pone molteplici problemi interpretativi – per coglierne poi la portata nell'economia complessiva della nuova disciplina, sempre in quell'ottica di bilanciamento che sta guidando la presente analisi.

¹¹⁹ In base all'art. 4 co. 1 lett. *d* d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, sono «sensibili» «i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale».

¹²⁰ Probabilmente, si è inteso attribuire risalto «grafico» alla protezione dei dati sensibili, mediante una loro espressa menzione; la distinzione acquista, invece, rilievo, per il successivo recupero delle conversazioni scartate da parte del pubblico ministero, v. *infra* nel testo del presente paragrafo.

¹²¹ Alle due categorie sopra riportate, va aggiunta quella concernente i colloqui tra indagato e difensore, che godono di una tutela rafforzata, non essendo soggetti né alla trascrizione sommaria né all'annotazione, in forza del novellato art. 103 co. 7 Cpp e stante il mancato richiamo di quest'ultima norma da parte dell'art. 267 co. 4 Cpp (originariamente previsto, ma poi espunto dal testo promulgato, in adesione al parere vincolante formulato sul punto dalla commissione giustizia della Camera, leggibile nel sito www.camera.it). Su tale regime, che non sarà oggetto di specifico approfondimento nel presente contributo, si segnala l'opinione critica di G. Amato, *Un tentativo parziale di coniugare privacy e investigazioni*, in *GD* 2018 (7), 43 s., che denuncia l'impossibilità del controllo da parte del pubblico ministero e propone, quale indicazione operativa per la polizia giudiziaria, di segnalare quanto meno «i progressivi identificativi» delle registrazioni non trascritte in forza di tale divieto, così da consentire il vaglio del magistrato sull'effettiva ricorrenza dei «presupposti di applicabilità della normativa di garanzia».

¹²² A. Camon, *Primi appunti sul nuovo procedimento d'acquisizione dei risultati delle intercettazioni*, in www.archiviopenale.it, 4.

¹²³ Si è espresso in questi termini F. Caprioli, alludendo ad una tripartizione della fase selettiva, attraverso i passaggi alla polizia giudiziaria, al pubblico ministero ed al giudice, nel già citato *Intervento*, in cui commentava la prima versione del decreto legislativo, ove il punto in discorso era già così formulato.

La *ratio* del divieto è facilmente intuibile: là dove il colloquio irrilevante o dal contenuto “sensibile” acquisisca dignità cartacea, è suscettibile di una maggiore diffusione, la carta circola più rapidamente e più agevolmente di una registrazione. Del resto, la realtà quotidiana ha restituito un quadro in cui la precoce circolazione dei c.d. brogliacci – non solo una volta caduto il segreto interno, ma, molto spesso, addirittura prima – rappresenta uno dei nervi scoperti rispetto alla tutela della *privacy* dei soggetti a vario titolo coinvolti nella captazione. Si è, dunque, optato per una soluzione radicale: eliminare a monte la trascrizione dell’irrilevante, così che non vi sia nulla da diffondere¹²⁴. In tal modo, il rischio di dare evidenza a colloqui inutili a fini di giustizia dovrebbe completamente annullarsi, poiché essi non acquisiranno forma cartacea¹²⁵ e sulle relative registrazioni, destinate all’archivio riservato in quanto non oggetto di acquisizione, calerà per sempre la cortina del segreto, salvo il diritto di accesso in capo al giudice per le indagini preliminari e alle parti¹²⁶.

La (pre)selezione operata dalla polizia giudiziaria, però, non ha (e non poteva avere) carattere irreversibile, essendo stato inserito un opportuno¹²⁷ meccanismo di recupero da parte del pubblico ministero, cui, proprio a tal fine, va preliminarmente indirizzata l’annotazione contenutistica ex art. 267 co. 4 Cpp. Per sottrarre all’oblio i colloqui che la polizia intenderebbe scartare in prima battuta, il magistrato deve osservare due criteri distinti: la “rilevanza per i fatti oggetto di prova”, che diviene “necessità” in relazione a quelle contenenti dati sensibili.

Recupera, così, significato la claudicante distinzione tra conversazioni “irrilevanti” e quelle “parimenti non rilevanti, che riguardano dati personali definiti sensibili dalla legge” di cui all’art. 268 co. 2 bis Cpp¹²⁸, sebbene la tecnica di redazione normativa avrebbe potuto essere migliore. Se, cioè, il legislatore – come si deve desumere dal dato letterale, ove le parole abbiano un senso¹²⁹ – ha inteso espungere in prima battuta i soli colloqui privi di rilevanza, per rimandare al secondo *step* il vaglio su quelli contenenti dati sensibili, allora avrebbe potuto inserire il distinguo direttamente nella norma che conferisce al pubblico ministero il potere di recuperare gli “scarti” (cioè l’art. 268 co. 2 *ter* Cpp). In altri termini, una volta giunte all’organo dell’accusa le annotazioni sintetiche dei colloqui giudicati irrilevanti da parte della

¹²⁴ Analogamente, C. Conti, *La riservatezza delle intercettazioni nella “delega Orlando”*, in *DPenCont.* 2017, 80, nel commentare la relativa disposizione della legge delega (art. 1 co. 84 lett. a, n. 5 l. 63/2017) e A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 641 s., nell’analizzare, prima ancora, le soluzioni in tal senso già proposte dalle circolari delle Procure. Secondo C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 8 s., la redazione selettiva dei brogliacci anticipa la tutela della riservatezza già al meccanismo di formazione degli atti del procedimento nei quali vengono riversati i contenuti delle intercettazioni.

¹²⁵ Fatta salva l’annotazione prevista dall’art. 267 co. 4 Cpp, su cui si vedano le considerazioni riportate più avanti nel presente paragrafo.

¹²⁶ Come si desume dal combinato disposto di cui agli artt. 269 co. 1 Cpp e 89 bis NAttCpp, su cui v. *infra*, §§ 9 e 9.1.

¹²⁷ Si vedano, tuttavia, le considerazioni riportate in chiusura del presente paragrafo.

¹²⁸ V. *supra*, nota 120.

¹²⁹ Non aiuta a chiarire il significato dell’art. 267 co. 4 Cpp il *Dossier* redatto dal Servizio Studi della Camera “*Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni. Atto del Governo n. 472-bis. Schede di lettura*”, pubblicato sul sito www.senato.it, che, nell’illustrare questo specifico passaggio della riforma, usa una disgiuntiva non corrispondente al testo della norma: «quando l’ufficiale di polizia giudiziaria che procede all’intercettazione ascolta una comunicazione ritenuta irrilevante o relativa a dati sensibili, non la trascrive, neanche sommariamente» (30).

polizia giudiziaria, questi potrà decretarne il recupero ove sia di contrario avviso; se li consideri, cioè, “*rilevanti per i fatti oggetto di prova*”, in ossequio al criterio normativo. Qualora, poi, tra quei colloqui ve ne fossero alcuni di contenuto sensibile, potrà procedere allo stesso modo solo a patto che si rivelino “*necessari*”.

Collocato, invece, in seno alla disposizione relativa al primo filtro, quel distinguo – pur non avendo alcun valore connotativo, per come è scritta la disposizione – rischia, nondimeno, di ingenerare dubbi interpretativi sul suo reale significato. Si potrebbe, infatti, essere indotti a ritenere che esso operi come una sorta di “condizionamento occulto” per la polizia giudiziaria, chiamata ad una maggiore attenzione – nel compiere il suo giudizio di rilevanza finalizzato a trascrivere o meno un dato colloquio – quando in gioco vi siano dati sensibili¹³⁰. Altro, poi, è valutare se gli organi di polizia siano in grado, anche per ragioni legate al loro carico di lavoro, di compiere valutazioni oltremodo delicate, contestualmente all’ascolto ed in una fase precoce dell’indagine¹³¹.

Ricapitolando: se durante l’ascolto la polizia giudiziaria a ciò delegata reputi irrilevanti determinati colloqui, deve astenersi dal trascriverli nei brogliacci, riportando solo data, ora e dispositivo registrato (art. 268 co. 2 *bis* Cpp), ma previo invio di un’annotazione sui contenuti al pubblico ministero (art. 267 co. 4 Cpp), il quale può decretarne il recupero, disponendone la trascrizione, ove ricorrano i criteri sopra ricordati (art. 268 co. 2 *ter* Cpp).

Sarà la prassi a dirci se tale articolato congegno si rivelerà efficace, tuttavia dalla lettura sistematica delle tre nuove disposizioni, affiorano già alcuni dubbi sul suo funzionamento in concreto, derivanti, in particolare, da quell’avverbio “*preventivamente*” che campeggia nell’art. 267 co. 4 Cpp.

A tal riguardo, occorre ricordare come, durante l’*iter* di approvazione della riforma, la commissione giustizia del Senato aveva suggerito di modificare l’avverbio “*preventivamente*”, quale modalità di trasmissione al pubblico ministero della nota sui colloqui scartati, con il più generico “*tempestivamente*”¹³². Il Governo non ha recepito l’osservazione, ritenendola difforme rispetto al criterio di delega, che è quello di «consentire l’intervento del pubblico ministero prima che sia formato il verbale, proprio per orientarne la redazione». Laddove, invece, «la tempestività potrebbe essere apprezzata anche se l’informativa fosse immediatamente successiva alla redazione del verbale», il che «vanificherebbe l’intervento del pubblico ministero [il quale], di fronte ad un verbale già formato con trascrizione di un contenuto irrilevante, non avrebbe modo di esercitare il potere che la legge di delega chiaramente gli attribuisce, ossia di verificare la rilevanza della conversazione o comunicazione, “autorizzandone, in tal caso, la trascrizione”»¹³³. Nell’esprimersi in questo senso, il Governo sembrerebbe aver sgombrato il campo da ogni incertezza sulla collocazione temporale dell’informativa –

¹³⁰ Uno spunto in tal senso sembra potersi rinvenire nelle linee guida della Procura di Bologna («*La nuova disciplina delle intercettazioni*, cit.), nella parte in cui si legge che la polizia giudiziaria deve evitare di trascrivere nei brogliacci le «conversazioni manifestamente irrilevanti e non pertinenti rispetto ai temi di indagine, specie allorquando abbiano ad oggetto dati sensibili riguardanti sia l’indagato, sia terze persone non indagate o non intercettate direttamente» (7).

¹³⁰ Si consideri che la redazione dei brogliacci, di norma, dovrebbe essere contestuale all’ascolto, sebbene nella prassi tale contestualità sia difficilmente realizzabile.

¹³¹ Sul punto v. *infra*, nel presente paragrafo.

¹³² Si consulti il relativo *Parere* pubblicato sul sito www.senato.it.

¹³³ *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, in *Atti Senato*, XVII leg. n. 472–bis, 10.

che la modifica suggerita dal Senato avrebbe, invece, alimentato – dovendosi, quindi, ritenere che l'intervento del pubblico ministero debba precedere la scelta della polizia giudiziaria.

A ben guardare, però, è la stessa relazione al testo del decreto ad instillare un dubbio ulteriore sulle cadenze dell'interlocuzione tra pubblico ministero e polizia giudiziaria in questa delicatissima fase preliminare. Se, infatti, come appena visto, nel fornire delucidazioni sulla tempistica dell'interpello, il legislatore delegato sembra sottintendere un automatismo in tutti i casi in cui la polizia si determini a non trascrivere le conversazioni ritenute irrilevanti, al contempo, in un altro passaggio della relazione, parrebbe limitarlo alle sole ipotesi di dubbio¹³⁴. A seguire quest'ultima indicazione, gli operatori delegati all'ascolto sarebbero tenuti a consultare il pubblico ministero, prima di redigere il verbale, qualora siano incerti se riportarvi o meno un dato colloquio, mentre potrebbero agire in autonomia, senza nemmeno darne evidenza nell'annotazione, quando non abbiano dubbi sull'esclusione a causa della loro irrilevanza. In altri termini, l'obbligo di consultazione è preventivo, ma sempre che l'obbligo sussista.

Preso atto delle indicazioni tutt'altro che univoche provenienti dal legislatore nell'interpretazione del proprio testo¹³⁵, le due letture enucleabili presentano entrambe dei difetti, ma appare di gran lunga preferibile quella che assicura l'indefettibilità dell'intervento del pubblico ministero¹³⁶. Non sarebbe accettabile, infatti, l'attribuzione alla polizia giudiziaria del potere di escludere in modo irreversibile determinate risultanze investigative¹³⁷, con conseguenti gravissimi rischi tanto per la difesa (privata della "bussola" delle annotazioni per orientarsi tra i dialoghi scartati¹³⁸), quanto per l'accusa (spodestata dal suo ruolo di *dominus* delle indagini). Inoltre, un simile approccio determinerebbe un sensibile sbilanciamento della disciplina verso le ragioni della *privacy*, dal momento che si approntano dei presidi per ridurre ai minimi termini il rischio di diffusione di conversazioni irrilevanti, mentre si lascia del tutto scoperto quello di perdere risultanze probatorie utili.

¹³⁴ *Relazione illustrativa*, cit., 3: «Il pubblico ministero è informato dalla polizia giudiziaria, al fine di verificare la prospettata irrilevanza delle comunicazioni e conversazioni: in particolare, gli ufficiali di polizia giudiziaria hanno l'obbligo di informare il pubblico ministero, con apposita annotazione ai sensi dell'art. 357 c.p.p., nei casi in cui *sia dubbio* se procedere a trascrizione, nel verbale, di dette conversazioni».

¹³⁵ Emblematiche dell'incertezza sul punto le direttive diametralmente opposte impartite, *post* riforma, da due Procuratori (quelli di Velletri e Bologna, v. *supra*, nota 91): se per il primo, l'obbligo della polizia giudiziaria di informare il pubblico ministero scatta, «in ossequio alla legge [...] nei casi di dubbia rilevanza della conversazione intercettata» (4), per il secondo, invece, il medesimo obbligo va assolto «con specifica annotazione in tutti i casi [non solo quelli dubbi]» nei quali gli ausiliari del magistrato si determinino a non trascrivere (7).

¹³⁶ Interpretazione confermata nel *Dossier "Intercettazioni di conversazioni e comunicazioni"*, cit., 30, nella parte in cui si specifica che «L'ufficiale dovrà annotare, anche sommariamente, i contenuti [delle comunicazioni e conversazioni non trascritte] affinché il PM sappia che è stata operata questa scelta (in applicazione così dell'art. 267, co. 4) e possa compiere valutazioni diverse chiedendo la trascrizione anche di quelle comunicazioni (in applicazione dell'art. 268, co. 2-ter)».

¹³⁷ Della stessa opinione A. Camon, *Forme, destinazione e regime della documentazione*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra e R. Orlandi, Torino, 2018, in corso di pubblicazione, 74.

¹³⁸ V. *infra*, § 6.

Per concludere sul punto, la prima lettura proposta, per le ragioni sistematiche appena illustrate, si pone sì come una strada obbligata, ma, al contempo, una strada difficilmente percorribile. Se, infatti, ad ogni colloquio che consideri irrilevante, con certezza o meno, l'operatore di polizia è tenuto a consultare il pubblico ministero, il quale deve poi decidere in fretta cosa fare al riguardo, è lecito interrogarsi sulla sostenibilità concreta di tale meccanismo¹³⁹ e, di conseguenza, sulla sua efficacia rispetto al fine per cui è stato ideato.

Ulteriore dubbio di carattere "pratico" è quello già a suo tempo segnalato da qualche procuratore nell'ambito delle più volte citate circolari: ci si è chiesti, cioè, se l'unità di misura per la valutazione di rilevanza da parte della polizia giudiziaria debba essere l'intera conversazione oppure parte di essa¹⁴⁰. Pur al netto di qualche frizione sul terreno della *privacy* – poiché la prima opzione reca con sé «il rischio di riprodurre nel brogliaccio scampoli di colloqui inutili ai fini del procedimento» – si predilige comunque questa alternativa, maggiormente affidabile sotto il profilo della fedeltà complessiva dei colloqui riportati, che andrebbero incontro a manipolazioni e fraintendimenti là dove fossero spezzettati in più brani¹⁴¹. Peraltro quest'ultima appare, *a posteriori*, come una soluzione obbligata, considerate le cadenze temporali del confronto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero, come ricostruite dal Governo; a meno di rendere ancor più farragginosa la relativa procedura, compulsando l'organo dell'accusa ogni tre battute di un dialogo.

Infine – o, per meglio dire, *at last but not least* – prima ancora di comprenderne il funzionamento, dovremmo interrogarci sull'opportunità del nuovo congegno in termini di tutela della riservatezza, che rappresenta l'obiettivo in vista del quale è stato introdotto. Sul punto è, infatti, riscontrabile un certo scetticismo da parte di chi vede nell'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 Cpp la finestra dalla quale può rientrare ciò che era stato fatto uscire dalla porta¹⁴². A ben vedere, in effetti, quell'atto non potrebbe che riportare gli «argomenti spesi dagli interlocutori nel corso del dialogo», risolvendosi, di fatto, «in una trascrizione sommaria dell'intercettazione, in apparente distonia con il relativo divieto»¹⁴³. Impressione, quest'ultima, difficilmente superabile,

¹³⁹ Lo definisce schiettamente "impraticabile" G. Giostra, *Su intercettazioni e segreto*, cit., 33. Dello stesso avviso, già con riferimento alla legge delega: C. Conti, *op. cit.*, 85, la quale ritiene «pressoché impossibile» che la polizia giudiziaria possa previamente informare il pubblico ministero, ove rediga il brogliaccio contestualmente all'ascolto; aggiungendo, inoltre, che nemmeno una verbalizzazione successiva (ipotesi frequentissima nella prassi) consentirebbe sempre di attendere l'intervento del magistrato, di talché il suo vaglio finirebbe, nella maggior parte dei casi, per essere successivo alla redazione del brogliaccio; nonché G.P Voena, *op. cit.*, 1121, secondo cui «ancora una volta si scrivono regole sfornite di un accettabile grado di effettività». Le medesime difficoltà operative erano, peraltro, già state segnalate dal C.S.M. nella più volte ricordata delibera (v. *supra*, nota 84).

¹⁴⁰ Se ne preoccupa, in particolare, la Procura di Frosinone nella propria circolare, come puntualmente segnala A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 645.

¹⁴¹ Condivisibilmente A. Camon, *loc. ult. cit.*, che ha cura di specificare come il medesimo problema operativo venga stemperato, in sede di trascrizione peritale, dalla presenza di giudice, difensori e consulenti tecnici.

¹⁴² Questa l'impressione a prima lettura di F. Caprioli, *Intervento*, cit.

¹⁴³ Così D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *DPenCont* 2018, 194. Denuncia la concreta impraticabilità della distinzione fra trascrizione sommaria e annotazione, stante la sottigliezza della distinzione, A. Camon, *Forme, destinazione*, cit. 78 s.

pur volendo fare appello a quella «sobrietà contenutistica» raccomandata dal Consiglio Superiore della Magistratura nella sua già ricordata delibera ricognitiva¹⁴⁴.

Meno allarmanti appaiono le preoccupazioni manifestate in ordine alla conservazione del carteggio tra polizia giudiziaria e pubblico ministero, che, una volta ostensibile, rischierebbe di veicolare i colloqui dei quali si era inteso cancellare ogni traccia¹⁴⁵. Pur oggetto di deposito da parte del pubblico ministero, unitamente ai verbali ed alle registrazioni (art. 268 bis Cpp), l'annotazione della polizia giudiziaria è successivamente destinata all'archivio riservato e quindi ad essere coperta dal segreto¹⁴⁶, posto che il nuovo art. 269 co. 1 Cpp menziona verbali, registrazioni ed «ogni altro atto ad esse relativo», formula entro la quale si può senz'altro ricomprendere l'annotazione¹⁴⁷. Residua, tuttavia, qualche perplessità in ordine ai rischi che potrebbero scaturire della conoscibilità *medio tempore* dei suoi contenuti, poiché il dato normativo non è cristallino in ordine al momento in cui le annotazioni interlocutorie debbano essere spedite all'archivio riservato, legittimando anche letture che collochino tale snodo al termine della procedura acquisitiva¹⁴⁸.

I dubbi appena prospettati sull'efficacia e, prima ancora, sull'utilità del nuovo sistema preselettivo ai fini del rafforzamento della tutela della riservatezza ci conducono verso un problema complementare: quello della sua compatibilità con gli altri diritti coinvolti.

Un giudizio sul bilanciamento tra i valori in gioco potrà essere condotto solo alla luce di una visione complessiva della riforma, riguardata in tutti i suoi aspetti. Tuttavia, qualche considerazione inizia ad affiorare già con riferimento a questa primissima fase della nuova procedura acquisitiva. Anzi, a ben guardare, si tratta di un aspetto, quello della coesistenza tra i diversi interessi attinti dall'impiego delle intercettazioni, che dovrebbe accompagnare ogni singola norma della relativa disciplina, in un delicatissimo esercizio di equilibrismo. Del resto, basta tornare indietro di qualche capoverso per rendersi conto che un'opera di bilanciamento è stata compiuta già all'interno della micro fase che stiamo esaminando, rispetto a taluni suoi passaggi. In particolare, ci si è chiesti poc'anzi se la valutazione di rilevanza della polizia giudiziaria debba essere effettuata per intere conversazioni o parti di esse e, nell'optare per la

¹⁴⁴ Consiglio Superiore della Magistratura, *Ricognizione di buone prassi*, cit. Forse con eccessivo ottimismo, individua proprio nel dosaggio dei contenuti dell'annotazione la chiave di volta per risolvere l'evidenziata antinomia G. Pestelli, *Brevi note sul nuovo decreto legislativo in materia di intercettazioni: (poche) luci e (molte) ombre di una riforma frettolosa*, in *DPenCont* 2018, 175. Tuttavia l'Autore, nel sottolineare come il testo dell'art. 267 co. 4 Cpp faccia riferimento ai "contenuti" dei colloqui e non al loro "testo integrale", non sembra non tenere in debito conto il fatto che l'oggetto del divieto è la trascrizione (anche) sommaria ad opera della polizia giudiziaria.

¹⁴⁵ Manifestano tale preoccupazione E. Albamonte, *Intercettazioni, con poche modifiche riforma più efficace*, in *GD*, 2018 (1), 11 e D. Pretti, *op. cit.*, 194, il quale conclude poi come nel testo.

¹⁴⁶ Per replicare ai dubbi espressi sul potenziale cortocircuito che l'annotazione di polizia può innescare nel percorso di tutela della riservatezza perseguito dalla riforma, si è valorizzato proprio il fatto che tale atto interlocutorio nasce e muore nella segretezza, fatti salvi i diritti difensivi: così G. Santalucia, *Intervento "La recente riforma del processo penale: una prima verifica"*, Torino, 10 novembre 2017 (d'ora in avanti "Intervento").

¹⁴⁷ Analogamente D. Pretti, *op. cit.*, 194 e A. Camon, *Primi appunti*, cit., 20, secondo il quale le annotazioni, attestando i dialoghi scartati, non avrebbero alcun senso all'interno del fascicolo delle indagini.

¹⁴⁸ Aspetto evidenziato da L. Suraci, *Lo schema di dlgs di riforma della disciplina delle intercettazioni: qualche rilievo critico*, in *QGiur*, 5.01.2018.

prima alternativa, si è ritenuta preferibile¹⁴⁹ una lesione (minima) della *privacy* (data dalla possibile riproduzione di brani irrilevanti) al rischio (elevato) di travisamento dei colloqui (insito nella eccessiva parcellizzazione degli stessi). E, prima ancora, ci si è interrogati sulla necessità dell'interpello del magistrato in ogni caso o solo in quelli dubbi. Gli interessi in conflitto sottesi a tali interrogativi erano, evidentemente, da una parte, la tutela della riservatezza e, dall'altra, il corretto accertamento dei reati, in uno con la piena esplicazione del diritto di difesa.

Ebbene, ha di certo senso riprodurre più in grande quell'esercizio di bilanciamento, estendendolo all'intera sotto fase della preselezione, poiché proprio rispetto a questo snodo sono state manifestate alcune delle maggiori perplessità sulla riforma.

A destare preoccupazione, in particolare, è il potere attribuito alla polizia giudiziaria in una fase assai delicata come quella della primissima selezione dei colloqui intercettati, soprattutto in considerazione del rilievo secondo cui, nel condurre il suo vaglio di rilevanza, oltre a tutte le difficoltà pratiche già sopra evidenziate, tale organo sarà scarsamente propenso a salvaguardare, o anche solo a cogliere l'importanza di dialoghi spendibili in un'ottica difensiva¹⁵⁰. Mai nei precedenti progetti di riforma ci si era spinti fino a questo punto, affidando, semmai, al pubblico ministero il potere di effettuare una prima cernita¹⁵¹, soluzione rispetto alla quale, per giunta, erano già state manifestate alcune riserve¹⁵².

A tali critiche si potrebbe replicare richiamando aspetti sistematici: la polizia giudiziaria è solo un delegato all'ascolto, la fase resta in realtà presidiata dal pubblico ministero¹⁵³, proprio per favorire la cui supervisione è previsto l'invio della nota di cui all'art. 267 co. 4 Cpp; e un dato pratico: non è ragionevole pensare che, prima della riforma, gli operatori di polizia trascrivessero nei brogliacci tutte le conversazioni oggetto d'ascolto, sicché l'instaurato potere (pre)selettivo traduce e disciplina un dato della realtà¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Seguendo l'impostazione di attenta dottrina: v. *supra*, nota 141.

¹⁵⁰ Analogamente A. Camon, *Forme, destinazione*, cit., 70. Molto critico in ordine a tali riserve, G. Amato, *Un tentativo parziale*, cit., 44.

¹⁵¹ Si muovevano in quest'ottica, enucleando una selezione preventiva da parte del pubblico ministero, ad esempio: l'articolato presentato al Ministro di grazia e giustizia dalla *Commissione per la revisione del codice di procedura penale* il 10.10.1996 (cfr. art. 2); il d.d.l. Flick (cfr. art. 4); il d.d.l. 1638/2006 di iniziativa del ministro Mastella (cfr. art. 4 e art. 10 del testo approvato dalla Camera: 1512/2006, d'ora in avanti d.d.l. Mastella), il d.d.l. 1415/2009 presentato dal Ministro Alfano, nel testo approvato dalla commissione giustizia della camera in terza lettura il 28 luglio 2010 (d'ora in avanti d.d.l. Alfano).

¹⁵² Si veda, per tutti, G. Illuminati, *Intercettazioni da riformare*, cit., 1004; Id., *Intervento*, in *Quale riforma per la disciplina delle intercettazioni*, cit., 1221. Non contrari, invece, all'introduzione di un filtro preliminare da parte del pubblico ministero, corredato però da adeguate garanzie per la difesa, V. Grevi, *Le intercettazioni come mezzo di ricerca di riscontri probatori*, in *CP 2009*, 848 e C. Fiorio, *Intercettazioni telefoniche e diritti costituzionalmente garantiti tra frammenti di storia parlamentare e prospettive de iure condendo*, in *Riservatezza ed intercettazioni tra norma e prassi*, a cura di A. Gaito, Roma 2011, 289, nota 23.

¹⁵³ In quest'ottica G. Santalucia, *Intervento*, cit., nonché la stessa *Relazione illustrativa* al decreto, cit., 3, nella parte in cui rimarca il ruolo di mero «delegato all'ascolto» della polizia giudiziaria e, correlativamente, il dominio del pubblico ministero sulla fase della trascrizione dei brogliacci.

¹⁵⁴ Secondo A. Camon, *Il diritto alla privacy* cit., p. 641, la formulazione dell'art. 268 co. 2 Cpp non è cristallina, ma sembra imporre che vengano riassunti tutti i dialoghi registrati.

Ma le repliche non convincono.

Quanto al controllo del pubblico ministero, è inverosimile ritenere che il carico di lavoro, da una parte, e l'immediatezza con la quale si esige da lui una decisione, dall'altra, lo rendano un presidio effettivo¹⁵⁵. Facile immaginare, piuttosto, che il suo vaglio, si possa appiattare sulle scelte già effettuate dai propri ausiliari¹⁵⁶ o che egli sia indotto a deresponsabilizzarsi in vista della successiva decisione del giudice, dinanzi alla quale si limiterà a farsi portavoce di opzioni da altri esercitate¹⁵⁷. Ciò vale non solo e non tanto per l'interlocuzione intermedia che è chiamato a compiere ai sensi dell'art. 268 co. 2 *ter* Cpp, ma soprattutto per le scelte che dovrà effettuare nel prosieguo, attraverso la formalizzazione delle richieste acquisitive *ex art. 268 bis* Cpp.

Se il pubblico ministero potrebbe non avere il tempo e le risorse per vagliare approfonditamente i dialoghi, così come filtrati dalla polizia giudiziaria¹⁵⁸, di certo meno ne avrà la difesa, nel momento in cui anch'essa irrompe sulla scena acquisitiva e, come si vedrà¹⁵⁹, deve destreggiarsi in pochi giorni tra conversazioni trascritte, quelle solo annotate e quelle per ricostruire le quali è costretta ad ascoltare direttamente le registrazioni.

Ecco perché, malgrado i tentativi di ridimensionarne la portata, la preselezione a monte da parte della polizia giudiziaria rischia di assumere un peso spropositato ed inopportuno nell'economia complessiva della fase di acquisizione.

Quanto al rilievo secondo cui una "selezione naturale" dei dialoghi oggetto di ascolto veniva già operata, di fatto, dalla polizia giudiziaria nel corso della redazione dei brogliacci, non si può negare che esso corrisponda al vero. Ma ciò non toglie che l'aver esplicitato e normativizzato l'esistenza di un potere selettivo in capo all'organo di polizia potrebbe comportare un uso maggiormente spregiudicato dello stesso, con potenziale detrimento dei diritti difensivi.

In conclusione, questo passaggio preliminare, per le ragioni sopra evidenziate – ivi compresa l'imprescindibilità di un'interlocuzione tra polizia e magistrato, potenzialmente in grado di aprire una falla nella cortina di riserbo issata sui colloqui processualmente irrilevanti – rischia di risolversi in un congegno non così efficace rispetto al fine per il quale è stato pensato. Ed allora il sacrificio che, di contro, esso comporta per il diritto di difesa, la potenziale alterazione degli equilibri nel rapporto tra polizia giudiziaria e pubblico ministero¹⁶⁰ ed ancora la possibilità di perdere in

¹⁵⁵ Dello stesso avviso A. Camon *Il diritto alla privacy*, cit.; Id., *Forme, destinazione*, cit., 69. Di parere opposto G. Amato, *Un tentativo parziale*, cit., 44.

¹⁵⁶ C. Conti, *op. cit.*, 81 s., già con riferimento alla legge delega.

¹⁵⁷ In questo senso F. Caprioli, *Intervento*, cit. L'impressione è confermata da un dettaglio pratico svelato da un operatore, il quale ipotizza che le richieste acquisitive della parte pubblica saranno precedute da una interlocuzione con «la polizia giudiziaria che ha materialmente operato gli ascolti e che potrà quindi suggerire al pubblico ministero l'elenco dei brani rilevanti», così G. Pestelli, *op. cit.*, 197, nota 30.

¹⁵⁸ Ovvio che al pubblico ministero vengano trasmesse le registrazioni integrali, unitamente ai brogliacci (*rectius* verbali), lo ribadisce anche il novellato co. 4 dell'art. 268 Cpp, tuttavia, nella prassi ordinaria egli si avvale delle sole annotazioni sintetiche della polizia giudiziaria, con il rischio che non soltanto ignori le registrazioni, al cui ascolto è delegata la polizia, ma non legga nemmeno tutti i verbali, trasfondendo il tutto nelle sue richieste al giudice.

¹⁵⁹ V. *infra*, § 7.

¹⁶⁰ Su questo specifico aspetto si veda anche l'approfondimento di T. Bene, *La effettività della funzione del pubblico ministero di direzione delle indagini e la legalità processuale*, in PPG, 2018 (1), 9 s.

modo irreversibile dati processualmente rilevanti non appaiono rischi giustificabili. Soprattutto in considerazione del fatto che, come anticipato in chiusura del precedente paragrafo e come si capirà meglio nel prosieguo, tale accortezza non era necessaria al cospetto delle ulteriori modifiche introdotte.

Il bilanciamento tra gli interessi in conflitto segna, così, un primo fallimento.

6. Terminate le operazioni di ascolto e redazione dei verbali (in cui si inserisce anche il dialogo interlocutorio tra polizia e pubblico ministero), si apre una procedura mediante la quale il legislatore ha inteso correggere l'abitudine di lasciar macerare i frutti delle intercettazioni lungo l'intera durata delle indagini¹⁶¹, rendendoli subito maturi per la raccolta o lo scarto.

Diversi gli accorgimenti introdotti in vista dell'obiettivo: ritmi serrati per trasmissione e deposito del materiale, celere avvicendamento delle richieste di parte a comporre un contraddittorio cartolare, che prelude ad un provvedimento *de plano* del giudice, infine, acquisizione al fascicolo delle indagini e contestuale definitivo inoltro del materiale scartato all'archivio riservato istituito ai sensi dell'art. 269 co. 1 Cpp.

L'impressione che ne deriva è quella di una corsa a scatti lungo un tragitto che, però, da una parte, non favorisce la celerità¹⁶² e, dall'altra, rivela zone d'ombra quasi inaccessibili (in special modo alla difesa), tali da alterare gli equilibri della disciplina. In questa fase, infatti, la tutela della riservatezza sembra prendere il sopravvento rispetto alle altre esigenze sul tappeto, quasi che gli adempimenti necessari per la selezione delle conversazioni da acquisire al processo si ponessero alla stregua di altrettanti ostacoli lungo lo spedito cammino dei colloqui irrilevanti verso l'archivio riservato.

Ciò si può cogliere già a partire dalla trasmissione del materiale al pubblico ministero, che la nuova formulazione dell'art. 268 co. 4 Cpp colloca «immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga», ove l'elemento di novità non è dato dall'immediatezza (presente anche nella precedente formulazione), bensì dall'obbligo di invio scaglionato. In sostanza, la polizia giudiziaria è tenuta a trasmettere verbali e registrazioni al magistrato allo spirare di ogni intervallo temporale di quindici giorni, che sia frutto di originaria autorizzazione o di successive proroghe.

All'innovazione, evidentemente, è stato attribuito un certo peso nell'economia della riforma, se il legislatore delegato – in contrasto con il parere espresso dalle commissioni giustizia di entrambi i rami del Parlamento, preoccupate per le ripercussioni sull'efficienza investigativa¹⁶³ – ha ritenuto di confermare la trasmissione periodica, salvo introdurre la possibilità di un differimento autorizzato dal pubblico

¹⁶¹ Secondo la prassi ampiamente descritta nel paragrafo 2.

¹⁶² Sia a causa della sua “conformazione”, che per l'assenza di sanzioni a presidio dei termini stabiliti. Sul carattere deficitario della riforma, riguardo all'apparato sanzionatorio, ci si soffermerà nel paragrafo conclusivo.

¹⁶³ Le due commissioni avevano entrambe suggerito la soppressione del riferimento alla proroga (quella della Camera mediante una condizione vincolante, mentre quella del Senato con semplice osservazione), ritenendo che l'invio frazionato rendesse più difficoltoso l'ascolto da parte della polizia giudiziaria, privata del materiale complessivo, e, comunque, non fosse imposto dal criterio di delega di cui all'art. 1 co. 84 lett. a, n. 2.

ministero, per i casi in cui la complessità delle indagini renda necessario un esame d'insieme delle risultanze¹⁶⁴.

Ebbene, il legame di questo accorgimento, apparentemente trascurabile, con le ragioni della riservatezza si rinviene, come correttamente osservato, nell'intenzione di spedire prima possibile il materiale irrilevante nella sede protetta dell'archivio riservato¹⁶⁵, accorciandone così i tempi di permanenza "altrove"¹⁶⁶. Dal combinato disposto di cui agli artt. 268 co. 4 Cpp e 268 bis co. 1 Cpp, infatti, sembra potersi desumere che l'intero compendio degli atti relativi alle intercettazioni debba essere materialmente trasferito dagli uffici della polizia giudiziaria (che ha provveduto all'ascolto ed alla redazione dei brogliacci) all'archivio riservato, senza passare per la segreteria del pubblico ministero¹⁶⁷. Attraverso i passaggi successivi¹⁶⁸, poi, i colloqui selezionati lasceranno l'archivio per essere acquisiti al fascicolo delle indagini¹⁶⁹, mentre quelli scartati vi rimarranno stabilmente, salvi eventuali recuperi futuri in sede di udienza preliminare o in dibattimento¹⁷⁰.

Il nesso evidenziato appariva più nitido con riferimento al testo originario della riforma, privo dell'eccezione aggiunta nell'ultima parte dell'art. 268 co. 4 Cpp¹⁷¹. Tuttavia, la trasmissione periodica (che resta la regola, sebbene siano preconizzabili prassi, già in qualche modo auspiccate dagli operatori¹⁷², volte a fare ampio uso del

¹⁶⁴ Più precisamente, nel passaggio dalla prima alla seconda versione del decreto è stata modificata la formulazione testuale della regola (sostituendo la dicitura «immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni, *se pure oggetto di proroga*», con quella, di identico contenuto, «immediatamente dopo la scadenza del termine indicato per lo svolgimento delle operazioni *nei provvedimenti di autorizzazione o di proroga*»).

¹⁶⁵ Il nuovo co. 4 dell'art. 268 Cpp recita testualmente che i verbali e le registrazioni siano trasmessi al pubblico ministero «per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 269 co. 1».

¹⁶⁶ Così A. Camon, *Primi appunti*, cit., 5, che avvalorata la sua tesi mediante un parallelo con il d.d.l. Flick, cui va riconosciuta la paternità della previsione di un archivio riservato, al quale, non a caso, era collegata anche un'abbreviazione dei tempi di trasmissione del materiale (in particolare artt. 3 e 8 di quel progetto). L'Autore segnala, peraltro, come la modalità di trasmissione frazionata fosse possibile anche prima della novella, in base al generale potere del pubblico ministero di emanare direttive sullo svolgimento delle indagini (artt. 370 co. 1 e 348 co. 3 Cpp) e, specificamente, di sancire le modalità di realizzazione delle operazioni captative (art. 267 co. 3 Cpp).

Soluzione analoga (trasmissione periodica abbinata alla presenza di un archivio riservato) era contenuta anche nel d.d.l. Mastella (art. 9 co. 1).

¹⁶⁷ Lo si desume dalla formulazione testuale dell'art. 268 co. 4, che, come già visto, impone la trasmissione di verbali e registrazioni all'organo dell'accusa «per la conservazione nell'archivio di cui all'art. 269 co. 1», nonché dal fatto che nell'art. 268 bis co. 1 non sia più indicata la segreteria del pubblico ministero come sede del successivo deposito.

¹⁶⁸ Che saranno descritti nel paragrafo successivo.

¹⁶⁹ Salva la diversa procedura cautelare, di cui si dirà nel paragrafo 11.

¹⁷⁰ In forza degli artt. 422 co. 4 bis e 493 bis, v. *infra* § 10.

¹⁷¹ Denuncia la formulazione deficitaria della norma derogatoria, nella parte in cui non prevede né un termine, né una motivazione per il differimento, G. Pestelli, *op. cit.*, 176 s.

¹⁷² Si veda il documento della Procura di Velletri, *Linee guida sulla nuova disciplina*, cit., 8, in cui si ipotizza un ribaltamento del rapporto regola-eccezione, dettato dalle difficoltà logistiche connesse alla trasmissione differita; nonché il documento della Procura di Bologna, *La nuova disciplina delle intercettazioni*, cit. 10, che tende ad ampliare la portata della deroga, ricomprendendovi anche ragioni di ordine materiale, quali la necessità di completare le trascrizioni o le traduzioni. In quest'ultimo senso anche G. Pestelli, *op. cit.*, 176.

differimento omnicomprensivo¹⁷³) conserva intatta la funzionalità a presidio della *privacy*, ove si consideri il dato per cui, nel concedere la dilazione, il pubblico ministero «può fissare le prescrizioni per assicurare la tutela del segreto sul materiale non trasmesso» (art. 268 co. 4 ultima parte Cpp).

Tale ultima previsione rivela una premura quasi ossessiva per la riservatezza, da parte del legislatore delegato. È vero infatti, come già segnalato¹⁷⁴, che la precoce circolazione dei brogliacci abbia finora integrato un rilevante punto critico, tuttavia non si vede come possa uscire dalle “camere di ascolto” degli uffici di polizia giudiziaria materiale ancora nemmeno trasmesso al pubblico ministero. O meglio, è ovvio che possano verificarsi – come si sono frequentemente verificate – indebite diffusioni, ma ad apparire singolare è l'appostamento di un presidio operativo a sostegno di regole che andrebbero semplicemente rispettate. In altri termini: è chiaro che atti coperti da segreto – ieri come oggi – non possano essere diffusi o rivelati, ma ciò scaturisce direttamente dalle norme, senza che il magistrato debba preoccuparsi di assicurarne l'osservanza all'interno delle proprie strutture.

Un'accortezza in più, si potrebbe dire. Ma, volendo tentare qualche considerazione di carattere sistematico, la specificazione inserita nell'art. 268 co. 4 Cpp assume il sapore della “ratifica” di una prassi illecita, che la riforma si incarica di prevenire. Sembra, cioè, che lo scopo della disposizione sia, in realtà, quello di individuare i responsabili di violazioni¹⁷⁵, in qualche modo messe in conto dal legislatore. E ciò finisce per incidere negativamente su quella elaborazione culturale, da più parti invocata rispetto al tema delle intercettazioni¹⁷⁶, indispensabile ai fini del rispetto (anche) della nuova legge.

Il discorso si può peraltro estendere all'intero congegno della trasmissione periodica: se il fine è quello di limitare la permanenza del materiale (non ancora selezionato e, dunque, potenzialmente ricco di colloqui irrilevanti) in una sede diversa dalla cattedrale dell'archivio riservato, allora esso si rivela superfluo (poiché in questa fase la *privacy* è già assicurata dal segreto), potenzialmente dannoso per l'efficienza investigativa e, soprattutto, inutilmente contorto, a discapito dell'agognata speditezza.

Alla trasmissione segue il deposito degli atti, che, in base al nuovo articolo 268 *bis* Cpp, deve avvenire entro l'invariato termine di cinque giorni dalla conclusione delle operazioni e ha ad oggetto verbali, registrazioni, decreti, nonché il nuovo strumento documentale delle annotazioni. L'adempimento va accompagnato dall'immediato avviso ai difensori della facoltà di esame ed ascolto. Inoltre, novità di un certo peso, l'organo dell'accusa deve contestualmente formare «l'elenco delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche rilevanti a fini

Le indicazioni desumibili da queste prime circolari denotano una aderenza non troppo stretta al testo normativo, riproiettandoci entro il discorso generale sull'incidenza del c.d. *soft law* sulla riforma in commento, (apprezzabile non più solo *ex ante*, ma perfino *ex post*) e precludendo a considerazioni che saranno svolte nel paragrafo conclusivo.

¹⁷³ A. Camon, *Primi appunti*, cit., 6.

¹⁷⁴ V. *supra*, § 5.

¹⁷⁵ Uno spunto in tal senso può desumersi, sia pur indirettamente, dalle istruzioni operative già impartite dai procuratori per dare corpo alla sollecitazione loro rivolta *ex art.* 268 co. 4 Cpp, nella misura in cui si raccomanda di assicurare la tracciabilità degli accessi ai locali ed alle registrazioni (Procura di Velletri, *Linee guida sulla nuova disciplina*, cit., 9).

¹⁷⁶ V. *supra*, note 4 e 39.

di prova»¹⁷⁷. Resta, infine, inalterata, mutando solo sede normativa¹⁷⁸, la possibilità di ritardare il deposito non oltre la fine delle indagini, in caso di grave pregiudizio per le stesse e su autorizzazione del giudice.

Tra i due momenti della trasmissione e del deposito, come delineati dal legislatore, qualcuno ha scorto «vistosi conflitti», in ragione del fatto che il pubblico ministero, da un lato, può procrastinare *sine die* il primo adempimento e, dall'altro, deve provvedere al secondo nel termine di cinque giorni. Allo stesso modo, si profilerebbe una «palese sovrapposizione di competenze» tra organo dell'accusa e giudice per le indagini preliminari, riguardo al provvedimento autorizzativo del «differimento/ritardato deposito degli atti»¹⁷⁹. In realtà, i due momenti vanno tenuti distinti e non sembra rinvenirsi alcuna sovrapposizione, ove il primo differimento vada correttamente inteso. Sebbene non esplicitato nell'art. 268 co. 4 Cpp, il relativo limite temporale si può ricostruire alla luce dello scopo della deroga, che è quello di consentire una trasmissione finale omnicomprensiva degli atti al pubblico ministero, spezzando la periodicità di regola imposta; sicché il momento ultimo entro il quale la polizia giudiziaria, autorizzata in tal senso dal pubblico ministero, deve trasmettere il materiale non può che coincidere con la scadenza dell'ultimo periodo per il quale le operazioni captative siano state autorizzate¹⁸⁰. Una volta ottenuti gli atti, il titolare delle indagini può, quindi, scegliere se depositarli entro il termine di cinque giorni stabilito dall'art. 268 *bis* co. 1 Cpp, oppure chiedere una proroga al giudice ai sensi del terzo comma della medesima norma. È, dunque, quest'ultimo lo strumento di cui l'accusa può usufruire per procrastinare la *discovery* dei risultati delle intercettazioni, senza dover subdolamente sfruttare il primo meccanismo dilatorio, che, invece, è funzionale alle esigenze operative dei delegati all'ascolto.

Ebbene, della trasmissione posticipata (art. 268 co. 4 Cpp) si è già detto; occorre ora soffermarsi più diffusamente sul ritardato deposito (art. 268 *bis* co. 1 Cpp), poiché lo stesso continua a rappresentare uno snodo cruciale anche nel nuovo assetto.

In effetti, la conferma, tal quale, di una valvola mal funzionante (o, per meglio dire, usurata) della vecchia disciplina potrebbe condurre ad un precipitoso giudizio sulla inutilità di una riforma che si prefigge come obiettivo il rafforzamento della *privacy*, senza però preoccuparsi di rimuoverne le cause di esposizione a rischio¹⁸¹.

Ma il quadro appare più articolato. Vediamo perché.

Una deroga al regime ordinario di deposito, per i casi maggiormente complessi, appare pressoché inevitabile. Tuttavia, proprio alla luce dell'eccessiva disinvoltura che ne ha finora caratterizzato l'impiego, con le note ripercussioni sul terreno della *privacy*¹⁸², sarebbe stata opportuna, come suggerito da attenta dottrina, una formulazione più stringente, per esempio imponendo al giudice di motivare l'autorizzazione dilatoria¹⁸³.

¹⁷⁷ Sul punto v. *infra*, § 7.

¹⁷⁸ Trasmigrando cioè dall'abrogato co. 5 dell'art. 268 nel nuovo art. 268 *bis* co. 3.

¹⁷⁹ G. Pestelli, *op. cit.*, 177.

¹⁸⁰ Nel medesimo senso, D. Pretti, *op. cit.*, 196. Diversamente, C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 18, secondo i quali il termine massimo del differimento dovrà essere individuato, più genericamente, in base alla tempistica delle indagini.

¹⁸¹ Si vedano le considerazioni svolte nel paragrafo 2 circa la "(super)operatività" del deposito differito.

¹⁸² V. *supra*, § 2.

¹⁸³ Così A. Camon, *Primi appunti*, cit., 7, per il quale l'obbligo di motivazione dovrebbe costituire la

Ciò posto, vi è però un aspetto di carattere assorbente: la norma in discorso è rimasta invariata, ma tutto intorno a sé è cambiato. Essa si trova oggi ad operare all'interno di uno scenario sensibilmente diverso, in cui spiccano due dati in particolare: la permanenza del segreto sui risultati delle intercettazioni sino alla loro formale acquisizione (art. 268 *quater* co. 4 Cpp) e lo spostamento in sede dibattimentale della trascrizione integrale delle registrazioni selezionate (art. 493 *bis* Cpp). La combinazione di questi due elementi dovrebbe neutralizzare la pericolosità, per la riservatezza, di un deposito in coda alle indagini. Infatti, le conversazioni restano coperte dal segreto fino al momento acquisitivo, che interviene, peraltro, a breve distanza rispetto al deposito stesso, secondo cadenze temporali piuttosto serrate¹⁸⁴. Solo a quel punto il segreto viene meno, ma limitatamente ai colloqui acquisiti, che potranno quindi circolare sotto forma di copie; mentre la loro trascrizione integrale è rinviata al dibattimento, con l'ulteriore accortezza della procedura a porte chiuse, nel caso di richieste volte ad ampliare il novero dei colloqui già selezionati¹⁸⁵. Il materiale non acquisito, invece, è destinato a rimanere ammantato dal segreto nel chiuso dell'archivio riservato, i cui accessi sono rigorosamente regolamentati.

Dobbiamo dunque ritenere che i correttivi appena descritti abbiano reso innocuo il deposito ritardato dei risultati delle intercettazioni, il quale, con ogni probabilità, continuerà a rappresentare la regola nella prassi quotidiana¹⁸⁶?

Per rispondere alla domanda occorre richiamare quell'ineludibile alternativa, a suo tempo delineata con riferimento al rapporto tra il vecchio art. 268 Cpp e l'art. 415 *bis* Cpp. Era stato detto, in proposito, che – a fronte della combinazione deposito tardivo/acquisizione dibattimentale dei colloqui – riconoscere alla difesa il diritto di copia (anche) degli atti relativi alle intercettazioni, secondo la regola generale di cui all'art. 415 *bis* Cpp, avrebbe di certo compromesso le esigenze di riservatezza; l'ipotesi inversa, però, dettata dal carattere speciale dell'art. 268 Cpp¹⁸⁷, avrebbe indubbiamente leso il diritto di difesa¹⁸⁸. Per uscire dall'*impasse*, l'unica soluzione possibile era, ovviamente, quella di celebrare l'udienza stralcio al più tardi, dopo la conclusione delle indagini. Ebbene, quella soluzione la riforma l'ha adottata e la riservatezza, almeno in questo snodo, sembra adeguatamente tutelata. Ma le ragioni della difesa possono ritenersi altrettanto garantite? Solo uno sguardo superficiale suggerirebbe una risposta affermativa.

condizione minima per l'operare della deroga. Sull'esigenza di motivare la proroga si era già espresso in passato, in prospettiva *de iure condendo*, L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 132.

¹⁸⁴ Dettate dai nuovi artt. 268 *ter* e 268 *quater*.

¹⁸⁵ Secondo l'interpolazione dell'art. 472 Cpp.

¹⁸⁶ Il mantenimento di questa tendenza è oggetto del ragionevole auspicio di G. Amato, *Per gli operatori corsa a ostacoli nel rebus dei termini*, in *GD* 2018 (7), 49 e di una vera e propria indicazione operativa da parte del Procuratore di Velletri, nell'ambito del documento più volte citato (Proc. Rep. Velletri, *Linee Guida sulla nuova disciplina*, cit., 11 s). Ancor più perentorio D. Pretti, *op. cit.*, 198 s., secondo il quale l'avvio della procedura acquisitiva, con il deposito degli atti, avrebbe dovuto essere demandata direttamente all'esito delle indagini.

¹⁸⁷ Secondo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza (v. *supra*, note 27 e 96).

¹⁸⁸ F. Caprioli, *La procedura di selezione e stralcio*, cit., 555, contributo già più diffusamente richiamato in *parte qua* nel paragrafo 2.

È vero: i ritmi impressi alla procedura acquisitiva giovano anche alle esigenze difensive, nella misura in cui cancellano quella lunga fase di stallo tra il deposito dei colloqui (alla fine delle indagini) e la loro acquisizione (in dibattimento), che lasciava la difesa sprovvista del diritto di copia¹⁸⁹, con ciò che ne derivava in termini di elaborazione della strategia processuale in una fase potenzialmente decisiva. Tuttavia, i numerosi presidi con cui è stata puntellata la disciplina delle intercettazioni, in funzione della tutela della *privacy*, hanno notevolmente indebolito le prerogative difensive, in questa fase già subalterne ai poteri dell'accusa ed ora destinate ad avere la peggio anche al cospetto delle esigenze di riservatezza dei terzi¹⁹⁰.

Infatti, pur avendo limitato il cortocircuito che costringeva la difesa ad affrontare le cruciali scelte successive alla conclusione delle indagini senza l'ausilio delle copie riguardanti le intercettazioni¹⁹¹, tale stortura non è stata del tutto neutralizzata, poiché nel momento in cui i tempi previsti per la procedura acquisitiva e quelli entro i quali la difesa può esercitare le facoltà riconosciutegli con la notifica dell'avviso *ex art. 415 bis Cpp* si vanno a sovrapporre, le maggiori difficoltà operative cui la parte privata va incontro in conseguenza dei presidi introdotti a tutela della *privacy* rendono estremamente problematica tale coincidenza. Se il deposito del materiale relativo alle intercettazioni avviene contestualmente all'intero compendio investigativo, il relativo avvertimento *ex art. 268 bis co. 2 Cpp* e l'avviso di conclusione delle indagini sarebbero emessi contestualmente, e, dunque, a partire dalla loro ricezione da parte della difesa decorrerebbero sia i termini per l'esame e la selezione delle conversazioni (che, salvo l'intervento di proroghe, dovrebbe avere una durata complessiva di venti giorni)¹⁹², sia quelli per l'esercizio delle prerogative riconosciute dall'*art. 415 bis* (anch'essi, come noto, consistenti in venti giorni). In questo breve intervallo, la difesa, al fine di intraprendere le iniziative processuali consentite in tale fase, è onerata del gravoso compito di esaminare l'intera mole degli atti di indagine, tra cui, quelli relativi alle intercettazioni, oltre a non essere ancora nella sua disponibilità materiale¹⁹³, si rivelano anche difficilmente "fronteggiabili", in ragione delle conseguenze scaturenti dalla scrematura iniziale compiuta dalla polizia giudiziaria¹⁹⁴.

In sintesi, ciò che è mutato intorno alla stella fissa del deposito tardivo, giova alla *privacy*, ma non risolve i problemi della difesa: il prolungamento del segreto esclude il rischio di divulgazione dei dialoghi irrilevanti, ma l'anticipazione della procedura acquisitiva non facilita del tutto il percorso difensivo.

¹⁸⁹ Almeno secondo l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato, v. *supra*, nota 96.

¹⁹⁰ Va peraltro osservato che la riservatezza da preservare potrebbe essere anche quella dello stesso indagato, si innescherebbe così un delicatissimo rapporto tra due esigenze, in potenziale conflitto, inerenti alla medesima parte processuale.

¹⁹¹ Si pensi al peso di una simile situazione nei processi che si basano prevalentemente sui risultati delle intercettazioni.

¹⁹² La scansione temporale è così congegnata: dal deposito degli atti, di cui la difesa riceve un primo avviso, decorrono cinque giorni per la presentazione delle richieste da parte del pubblico ministero, con secondo avviso ai difensori (*art. 268 ter co. 2*), a partire dalla cui ricezione essi hanno a disposizione dieci giorni (salve proroghe) per le proprie richieste (*art. 268 ter co. 3*), dalla presentazione delle quali decorrono ulteriori cinque per la decisione *de plano* del giudice (*art. 268 quater co. 1*).

¹⁹³ Ma consultabili solo negli uffici della procura e, nello specifico, presso l'archivio riservato. Sul diritto di copia, v. diffusamente *infra*, § 9.2.

¹⁹⁴ V. *supra*, §§ 6 e 7.

Appare, invece, piuttosto intuitivo il diverso scenario che si verrebbe a delineare ove i risultati delle intercettazioni fossero messi a disposizione della difesa, con conseguente avvio dell'*iter* acquisitivo (e relativo ottenimento del diritto di copia), come da regola generale, al termine delle operazioni, vale a dire in un momento che potrebbe collocarsi anche molto più indietro rispetto alla chiusura delle indagini¹⁹⁵.

In definitiva, dunque, il deposito posticipato degli atti concernenti le intercettazioni, edulcorato dei profili di rischio per la riservatezza, conserva quasi intatta la carica lesiva in vista di un pieno esercizio del diritto di difesa, per certi verso addirittura enfatizzandola. E tale squilibrio non è stato adeguatamente bilanciato attraverso una formulazione più rigorosa della clausola derogatoria¹⁹⁶.

Naturalmente, il quadro si complicherebbe di gran lunga, ove dovesse innestarsi la patologia: nel caso in cui, cioè, i termini – ordinari o eventualmente prorogati – per l'attivazione dell'incidente di acquisizione non fossero rispettati. In tal caso, la difesa continuerebbe a restare priva delle copie relative all'intercettazione ben oltre la conclusione delle indagini, permanendo le medesime disfunzioni che hanno caratterizzato il sistema fino ad oggi¹⁹⁷.

Anche rispetto a tale profilo, dunque, nella partita tra gli interessi in gioco, la riservatezza segna un altro punto a suo favore.

7. Avvenuta la *discovery* degli atti, si comincia a scorgere il volto nuovo della procedura selettiva, i cui tratti consistono nello svolgimento in coda alle operazioni o comunque entro la fase delle indagini; prima ancora, nel suo stesso compimento, vista la sostanziale cancellazione subita nella prassi¹⁹⁸, e, infine, nella configurazione come

¹⁹⁵ Davvero singolare il punto di vista espresso nelle linee guida del Procuratore di Velletri, ove la prevalenza accordata al deposito tardivo viene addirittura giustificata in base ad una logica di favore per la difesa, che, potendo meglio valutare le risultanze delle intercettazioni unitamente agli altri atti ed al cospetto di un capo di incolpazione, sarebbe così messa nelle condizioni di affrontare più efficacemente la procedura di stralcio (Proc. Rep. Velletri, *Linee Guida sulla nuova disciplina*, cit., 12).

¹⁹⁶ Si consideri che la soluzione indicata dalla legge delega – cioè quella di limitare l'obbligo di stralcio al triplice caso in cui ricorressero conversazioni inutilizzabili, irrilevanti o contenenti dati sensibili (art. 1 co. 84 lett. a, n. 4) – sembrava muovere dal presupposto che il deposito e il diritto di copia ex art. 415 *bis* Cpp comprendessero, in realtà, anche le intercettazioni (così C. Conti, *op. cit.*, 90). Seguendo questa interpretazione, ove il decreto delegato avesse recepito l'impostazione della delega, ne sarebbe scaturito un sistema in cui la difesa avrebbe potuto immediatamente ottenere copia delle registrazioni depositate alla fine delle indagini, fatta salva l'(eventuale) necessità di un previo stralcio di quelle da mantenere riservate. Un sistema, dunque, in astratto più bilanciato, poiché il diritto di difesa sarebbe stato limitato solo se e quando si fosse presentata un'esigenza di tutela della riservatezza. Appare, però, dirimente la considerazione sul punto di A. Camon, *Primi appunti*, cit., 22, secondo il quale i criteri della legge delega erano talmente ampi da determinare in ogni caso l'avvio della fase di stralcio (soprattutto con riferimento all'irrilevanza), di talché l'opzione del legislatore delegato per una procedura acquisitiva generalizzata risulta ragionevole ed immune da censure rispetto al rapporto con la delega. Considera la soluzione adottata dal decreto un "veniale tradimento" della delega F. Caprioli, *Intervento*, cit.

Del resto, l'estrema problematicità del rapporto tra tutela della *privacy* ed impiego delle intercettazioni deriva proprio dal fatto che tale strumento è una «"idrovora fonica", che tutto indiscriminatamente inghiotte» (con consueta efficacia, G. Giostra, da ultimo in *Su intercettazioni e segreto*, cit., 33).

¹⁹⁷ Sul punto v. *infra*, § 13.

¹⁹⁸ V. *supra*, § 2, in particolare p. 11 s.

autentica procedura acquisitiva. Quest'ultimo punto sembrerebbe rappresentare la vera novità, poiché le prime due "modifiche", come più volte affermato in questo scritto, possono ritenersi una sorta di riscrittura di norme già contenenti il medesimo precetto: una "riforma di reazione" si sarebbe tentati di definirla.

Ma, a ben vedere, anche l'aspetto apparentemente più innovativo scaturisce, in ultima analisi, dalle stesse premesse, e cioè dalle singolari venature di facoltatività delineatesi intorno all'udienza stralcio. Di fronte ad uno svolgimento che, all'atto pratico, aveva finito per dipendere dalle risorse contingenti degli uffici¹⁹⁹ e ad approcci operativi improntati ad una logica eventuale del tutto priva di corrispondenza nel dato normativo²⁰⁰, il legislatore delegato – andando perfino oltre la delega, anch'essa adagiata su quel terreno²⁰¹ – sembra voler dire con la sua scelta: questa è la via obbligata attraverso cui passa l'uso dei risultati delle intercettazioni nel processo. Dunque, la presunta trasformazione da mero stralcio a vera e propria procedura acquisitiva – aspetto su cui si è molto insistito in sede di lavori preparatori ed al quale si attribuisce decisivo risalto anche nell'ambito della relazione illustrativa²⁰² – deve essere intesa nel senso che sino al positivo svolgimento della selezione «le intercettazioni non possono dirsi acquisite al fascicolo delle indagini preliminari, e non sono in alcun modo spendibili nel procedimento»²⁰³. Ma non bisogna dimenticare che anche la vecchia procedura di cui all'art. 268 co. 6-8 Cpp, per quanto all'apparenza tendente ad escludere più che ad includere, costituiva strutturalmente un meccanismo acquisitivo, in quanto «all'organo giurisdizionale non [era] attribuito il potere di decretare lo stralcio delle conversazioni che le parti ritengono manifestamente irrilevanti, ma il potere di disporre l'acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti che non appa[r]issero tali, procedendo anche d'ufficio alla cestinazione dei materiali inutilizzabili»²⁰⁴.

Chiarito questo punto, le nuove cadenze del percorso acquisitivo si iscrivono, come ovvio, in quella logica di potenziamento della tutela della riservatezza che rappresenta il tratto qualificante della riforma, mirando ad «escludere, sin dalla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte

¹⁹⁹ V. *supra*, nota 84.

²⁰⁰ Si veda la soluzione adottata da alcune delle circolari emanate dalle Procure, che subordinavano lo stralcio al ricorrere di situazioni meritevoli di tutela (in particolare la circolare della Procura di Torino, cui si è largamente ispirata la legge delega, citata *supra*, nota 33).

²⁰¹ Nei termini in cui si è detto *supra*, nota 196.

²⁰² La quale evidenzia come «risultati superato il precedente modello incentrato sulla cd. udienza stralcio, caratterizzato dal fatto che tutto il materiale intercettativo era sin da subito nel fascicolo delle indagini preliminari, invece che essere collocato in un archivio riservato, con la conseguenza che doveva essere interamente esaminato al fine dell'eliminazione del troppo, del vano e dell'inutilizzabile» (*Relazione illustrativa*, cit., 5).

²⁰³ Così il *Parere* approvato dalla commissione giustizia della Camera, cit. Sul punto si veda però quanto riportato *infra*, § 9.

²⁰⁴ Così, condivisibilmente, F. Caprioli, *La procedura di selezione e stralcio*, cit., 553. *Contra* A. Diddi, *In tema di trascrizioni di intercettazioni telefoniche in rapporto al principio di disponibilità delle prove*, in *GP* 1994, III, 318, secondo il quale «il procedimento di cui all'art. 268 C.p.p., non rappresenta affatto un meccanismo acquisitivo in senso stretto, trattandosi di un'attività materiale, non valutativa, che viene anticipata sin dalle indagini preliminari per motivi di economicità giacché una siffatta operazione non potrebbe all'evidenza essere svolta in dibattimento senza provocare un arresto e ciò in violazione con il principio di concentrazione contenuto nell'art. 477 C.p.p.».

dall'attività di ascolto e, in generale, il materiale intercettativo non rilevante a fini di giustizia. E ciò nella prospettiva finale di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimenti a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova»²⁰⁵. Un percorso, però, tra le cui insenature si nascondono quelle insidiose zone d'ombra evocate nel precedente paragrafo, che la difesa è costretta ad attraversare con armi spuntate.

In realtà, l'attuale procedura si apre con un'innovazione utile alla parte privata: contestualmente al deposito del materiale, il pubblico ministero deve formare un elenco dei colloqui rilevanti a fini di prova (art. 268 *bis* co. 1 Cpp), che poi confluiranno nella richiesta di acquisizione da presentare al giudice nei cinque giorni successivi (art. 268 *ter* co. 2 Cpp). Tanto il deposito dell'elenco, quanto la richiesta devono essere oggetto di avviso al difensore. Ebbene, a parte la ridondanza degli adempimenti – da più parti denunciata, con l'auspicio che si determini una spontanea semplificazione a livello operativo²⁰⁶ – è da valutare con favore la possibilità per la difesa di entrare subito a conoscenza, attraverso l'elenco redatto dal pubblico ministero, dei colloqui su cui l'accusa intende puntare. In tal modo, resa edotta preventivamente della strategia dell'avversario, potrà affrontare al meglio la complessa fase selettiva che si aprirà di lì a breve²⁰⁷. Un'espressione legislativa del *fair play* processuale in buona sostanza, evidentemente ispirata alle imprescindibili premesse che devono accompagnare una corretta instaurazione del contraddittorio, fra le quali spicca la previa conoscenza, da parte degli antagonisti, dei reciproci argomenti²⁰⁸. Ciò postula, però, che tra l'elenco depositato e la successiva richiesta vi sia una perfetta coincidenza e che, qualora il pubblico ministero, *re melius perpensa*, volesse inserire nella seconda una conversazione non indicata nel primo, dovrebbe rinnovare l'adempimento del deposito con la formazione di un nuovo elenco, al fine di non incorrere in una nullità per lesione del diritto di difesa²⁰⁹.

Qui finiscono le “agevolazioni” per la parte privata ed inizia la sua corsa ad ostacoli.

La prima difficoltà è piuttosto intuitiva, derivando dai tempi all'evidenza troppo contingentati: i difensori possono usufruire di soli dieci giorni dall'avviso di deposito per esaminare il materiale e quindi elaborare le proprie richieste²¹⁰, fatta salva la

²⁰⁵ *Relazione illustrativa*, cit., 5.

²⁰⁶ Consistente nell'anticipazione della richiesta di acquisizione al momento del deposito e, quindi, nell'accorpamento dei due avvertimenti (soluzione proposta da G. Amato, *Per gli operatori una corsa a ostacoli*, cit, 49 e condivisa da A. Camon, *Primi appunti*, cit., 9).

²⁰⁷ I primi commenti convergono in un giudizio positivo in ordine a questo specifico aspetto: v. A. Camon, *Primi appunti*, cit., 8; D. Pretti, *op. cit.*, 200; L. Suraci, *op. cit.*

²⁰⁸ È d'obbligo richiamare, a questo proposito, le parole scolpite da G. Giostra, *Contraddittorio (principio del) – II Diritto processuale penale*, in *EG*, X agg. (v. VIII), 2001, 1, secondo il quale la «condizione minima» perché possa parlarsi di contraddittorio è quella per cui «ciascuno degli antagonisti conosca non soltanto l'oggetto della contesa, ma anche la posizione e gli argomenti degli altri per poter contraddire [...]. Due pareri su un argomento non costituiscono contraddittorio, quando entrambi, o anche uno soltanto di essi, sono espressi senza conoscere preventivamente le argomentazioni della controparte o senza possibilità di replica. Non lo costituiscono per la semplice e decisiva ragione che due monologhi non fanno un dialogo».

²⁰⁹ Giusta ricostruzione di A. Camon, *Primi appunti*, cit., 9; si veda inoltre la nota 216.

²¹⁰ In forza del combinato disposto degli artt. 268 *bis* e 268 *ter* co. 3 Cpp.

possibilità di integrarle fino alla decisione del giudice²¹¹. Nella prima versione del decreto i giorni erano addirittura cinque, peraltro decorrenti dal deposito stesso, invece che dall'avviso, con la paradossale conseguenza che il termine a disposizione potesse essere già interamente decorso, una volta giunta alla difesa la notizia della *discovery*²¹². Il testo approvato²¹³ è di certo migliore: oltre ai tempi raddoppiati e al *dies a quo* opportunamente fissato nel momento di ricezione dell'avviso, è comparsa anche la possibilità di ottenere dal giudice una proroga per un periodo non superiore a dieci giorni, «in ragione della complessità del procedimento e del numero delle intercettazioni» (art. 268 *ter* co. 3 ultima parte Cpp). Ma lo spazio sembra ancora troppo angusto. È vero che un ritmo serrato rappresenta la naturale conseguenza dell'aver ricondotto la fase di selezione ed acquisizione nella sede che gli è propria, cioè quella delle indagini, ma ciò non toglie che, una volta scelto un termine fisso, questo avrebbe potuto essere meglio calibrato. La scelta ottimale, peraltro, sarebbe stata, probabilmente, quella di mantenere la flessibilità attuale, lasciando in capo al pubblico ministero la determinazione del lasso temporale più adeguato, in ragione delle caratteristiche del caso concreto²¹⁴, per l'esame del materiale da parte del suo antagonista, confidando in una leale collaborazione tra le parti²¹⁵ e ferma restando la supervisione del giudice.

Il limitato spazio di manovra entro cui deve muoversi la difesa non sembra trovare un contrappeso nemmeno nella possibilità, riconosciuta ad entrambe le parti dall'art. 268 *ter* co. 5 Cpp, di integrare le richieste e presentare memorie²¹⁶ fino alla decisione del giudice. Se, infatti, i termini saranno rispettati²¹⁷, quest'ultima dovrà intervenire entro cinque giorni dalla presentazione delle richieste stesse: un prolungamento di trascurabile entità. Vi sono, è vero, le ulteriori finestre dell'udienza preliminare e del dibattimento, ma in quelle sedi, però, i criteri di acquisizione dei colloqui intercettati sono piuttosto stringenti, in particolar modo per quanto concerne la prima²¹⁸.

Fermo restando il dato oggettivo della ristrettezza dei termini concessi alla difesa, lo stesso va poi messo in relazione alle ulteriori componenti della fase selettiva, che aggravano di molto il quadro.

In questo specifico frangente, infatti, cruciale per la formazione della prova costituita dai risultati delle intercettazioni, si manifesta tutto il valore condizionante

²¹¹ Art. 268 *ter* co. 5 Cpp.

²¹² A. Camon, *Primi appunti*, cit., 10.

²¹³ Recepiti i già citati pareri della commissione giustizia di Camera e Senato.

²¹⁴ Della stessa opinione A. Camon, *Primi appunti*, cit., 10.

²¹⁵ Di parere contrario A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale. Tra garanzie e prospettive di riforma*, Milano 2011, 155, il quale, invece, con riferimento alla disciplina *ante* riforma, invocava l'opportunità di «stabilire *ex lege* un termine ragionevole (non inferiore, ad esempio, a dieci-quindici giorni), invece di far ricadere sul pubblico ministero la scelta di fissare un tempo funzionale all'esercizio dell'attività tecnico-difensiva».

²¹⁶ Da notarsi che la richiesta integrativa del pubblico ministero, stando alla formulazione testuale dell'art. 268 *ter* co. 5 Cpp, potrebbe esulare dal contenuto dell'elenco a suo tempo formato e divulgato; il che appare logico, essendo intervenute *medio tempore* le istanze difensive. Per non svuotare di contenuto il meccanismo anticipatorio, però, lo scollamento andrebbe tollerato solo entro i margini di sopravvenuta rilevanza in rapporto alle richieste della difesa (così, condivisibilmente, A. Camon, *Primi appunti*, cit., 11).

²¹⁷ Sul punto v. *infra*, § 13.

²¹⁸ V. *infra*, § 10.

di quel meccanismo preselettivo ad opera della polizia giudiziaria, rispetto al quale le riserve a suo tempo espresse²¹⁹ acquisiscono, ora, una plastica concretezza.

Il naturale divario tra le parti – derivante dal fatto che il pubblico ministero ha la possibilità di ascoltare i colloqui durante l'intero corso della captazione (e comunque ad ogni singolo interpellato della polizia giudiziaria delegata all'ascolto), mentre il diritto di accesso della difesa sorge solo una volta concluse le operazioni – diviene praticamente irriducibile alla luce del nuovo quadro, poiché i difensori devono oggi fare i conti anche con colloqui già filtrati attraverso un dialogo tra polizia giudiziaria e pubblico ministero, all'esito del quale gli stessi possono essere direttamente spediti all'archivio riservato, lasciando come uniche tracce cartacee il verbale con i soli dati esterni (data, ora e dispositivo bersaglio della registrazione), nonché l'annotazione di cui all'art. 267 co. 4 Cpp.

Ora, le richieste difensive, ai sensi dell'art. 268 *ter* co. 3 Cpp, vanno necessariamente modellate sul contenuto dell'elenco redatto dal pubblico ministero, potendosi estrinsecare sia nella domanda volta ad escludere ciò che non dovrebbe esserci (comunicazioni inutilizzabili o rientranti nel divieto di trascrizione di cui al co. 2 *bis* dell'art. 268 Cpp), sia, al contrario, ad includere ciò che manca (comunicazioni inizialmente trascritte ma che in seconda battuta non sono state ritenute utili alla tesi d'accusa o, più frequentemente, quelle non trascritte a monte dalla polizia giudiziaria, previo *placet* del magistrato)²²⁰.

La richiesta volta a “togliere” non sembra porre particolari problemi, oltre all'ordinaria difficoltà di orientarsi tra ingenti masse di colloqui (oggi anche in tempi così brevi) nei processi particolarmente complessi: i difensori esamineranno i brogliacci delle conversazioni inserite nell'elenco formato dal pubblico ministero per

²¹⁹ V. *supra*, § 5.

²²⁰ Ove il pubblico ministero non si adagi completamente sulle scelte già effettuate dalla polizia giudiziaria, ben potrebbe verificarsi la situazione in cui egli operi una ulteriore selezione tra i colloqui trasmessigli dal proprio delegato. Qualora, però, l'interlocuzione preventiva tra i due soggetti abbia correttamente funzionato, tale scenario dovrebbe verificarsi non tanto per eliminare dialoghi che, in seconda battuta, si ritengano ascrivibili entro le categorie di colloqui che non avrebbero dovuto essere trascritti (art. 268 co. 2 *bis* Cpp), quanto per scartare quelli *ab origine* correttamente trascritti, ma che semplicemente non vengano poi ritenuti utili nella prospettiva accusatoria.

saggiarne la rilevanza o, se contenenti dati sensibili, la necessità²²¹, nonché i relativi decreti per valutare eventuali profili di inutilizzabilità²²².

La richiesta tesa ad “aggiungere”, invece, sconta pesantemente l’impervio cammino da compiere per ottenere il recupero di quanto scartato a monte dalla polizia giudiziaria con l’avallo del pubblico ministero. Come da più voci affermato, ci si chiede in che modo i difensori possano orientarsi tra conversazioni di cui vengono riportati solo i dati esteriori²²³ e – se pur riescano a individuare le relative registrazioni – quali strumenti e risorse verranno loro messi a disposizione dagli uffici al fine dell’ascolto: problema concreto già da tempo avvertito, ma che, evidentemente, è destinato ad acuirsi a fronte del nuovo dettato normativo. Inoltre, non si può trascurare l’impraticabilità di una simile verifica per gli studi legali meno “attrezzati” e con minori possibilità, un aspetto, quest’ultimo, di certo non generato dalla riforma, ma senza dubbio enfatizzato dall’assenza dell’agevole strumento dei brogliacci.

In un simile scenario, probabilmente, il principale ausilio per la difesa finirà per essere costituito dalle annotazioni ex art. 267 co. 4 Cpp: pensate per il pubblico ministero ai fini dell’interlocuzione preventiva con i suoi delegati, esse sono comunque oggetto di deposito, unitamente a verbali, registrazioni e a tutti gli altri atti relativi alle

²²¹ Risulta piuttosto sorprendente la preoccupazione manifestata in ordine alla possibilità per la difesa di avanzare (ed eventualmente anche ottenere) l’espunzione di conversazioni (dal canto suo) irrilevanti. Coniugata con la possibilità di conseguirne la successiva distruzione ai sensi dell’art. 269 co. 1 Cpp, la novità viene definita «deflagrante» e foriera di evidenti «rischi di dispersione (meglio: perdita) della prova». Addirittura si evoca una «nuova forma di *inutilizzabilità funzionale* delle conversazioni meramente irrilevanti» in cui si potrebbe incappare. Quindi, si auspica che i difensori non agiscano «frettolosamente» e «sappiano fare un utilizzo assai cauto ed oculato del potere loro concesso di richiedere la distruzione delle registrazioni non acquisite, al fine di evitare eventuali effetti *boomerang*» per la difesa stessa (così G. Pestelli, *op. cit.*, 178 s.).

Ora – anche prescindendo dal fatto che a vigilare su questo “enorme rischio” vi sia un duplice provvedimento del giudice (che prima deve decidere sull’acquisizione e poi, eventualmente, sulla distruzione) – ciò che sorprende di questa ricostruzione è il presupposto che la attraversa (nemmeno troppo implicitamente): vale a dire una sorta di presunzione di rilevanza di tutte le conversazioni intercettate o, quanto meno, di quelle selezionate dall’accusa, disturbata dall’inopportuna pretesa difensiva di dire la propria, come se ciò non rientrasse nella ordinaria dinamica funzionale all’ammissione della prova che, evidentemente, riguarda anche le intercettazioni. Sarebbe forse il caso di auspicare, piuttosto, che i pubblici ministeri impieghino più oculatamente lo strumento captativo, così da rendere meno “eclatante” la selezione a valle.

Lo stesso Autore, ad onor del vero, esprime poi alcune condivisibili osservazioni circa la tenuta del diritto di difesa nell’ambito della nuova disciplina, mostrandosi in realtà molto sensibile alle prerogative difensive (v. *infra*, nota 297).

²²² Il decreto delegato non ha ricompreso entro il divieto di trascrizione sommaria di cui all’art. 268 co. 2 *bis* Cpp anche la categoria delle conversazioni o comunicazioni inutilizzabili (salvo quelle concernenti i colloqui con i difensori ex art. 103 co. 7 Cpp), come invece indicava la delega (v. art. 1 co. 84 lett. a, n. 5 in riferimento al n. 1). Sebbene non rispettosa della legge delega, con i dubbi di tenuta costituzionale che potrebbero derivarne, la scelta è quanto mai opportuna, non potendosi rimettere al giudizio della polizia giudiziaria un aspetto eminentemente tecnico e di notevole complessità, come il vaglio di inutilizzabilità della prova.

²²³ Da più parti si suggeriva di inserire nel verbale quanto meno un riferimento agli interlocutori della conversazione, ove conosciuti: in tal senso, C. Conti, *op. cit.*, 92; si vedano, altresì, le soluzioni adottate da alcune circolari, per le quali si rinvia a A. Camon, *Tutela della privacy*, cit., 644, in particolare nota 22.

intercettazioni²²⁴, sicché la parte privata potrà prenderne contezza ed avvalersene come bussola per rinvenire i colloqui di potenziale interesse²²⁵. Ma ecco allora che si ritorna alle perplessità di fondo manifestate su un simile strumento e, più in generale, sul meccanismo preselettivo entro il quale si iscrive, rafforzandole ulteriormente. Il congegno dell'annotazione, come sappiamo, è stato inserito per scongiurare il rischio che andassero irrimediabilmente perduti dati rilevanti ai fini dell'accertamento, raccogliendo gli spunti in tal senso provenienti da alcune procure. Tale rischio, tuttavia, si manifesta con evidenza ancor maggiore rispetto alla difesa, posto che il pubblico ministero avrebbe comunque gli strumenti per controllare l'operato dei propri ausiliari e per accedere alle registrazioni. In quest'ottica, se l'annotazione deve servire anche da bussola per i difensori, in primo luogo, la sua efficacia a tal fine è tutta da verificare²²⁶, ma, soprattutto, si tratta di una forma di documentazione che finisce per mettere a repentaglio lo stesso fine per cui è stato imbastito il meccanismo preselettivo, potendo fungere da valvola divulgativa del materiale irrilevante che si voleva cancellare *ab origine* dall'orizzonte conoscitivo²²⁷. In definitiva dunque, per dirla in termini speculari rispetto all'assunto già formulato in precedenza, così da cercare di rafforzarne la validità²²⁸: siamo di fronte ad un meccanismo che sacrifica oltremisura il diritto di difesa, senza, per contro, tutelare adeguatamente la riservatezza. Quindi, più che di mancato bilanciamento, si può dire che i due interessi contrapposti restino qui in equilibrio, entro una cornice di comune insoddisfazione.

Da ultimo, i due fattori di difficoltà per l'esercizio del diritto di difesa appena considerati (il ridotto margine temporale ed il "restringimento" dei brogliacci) vanno messi in relazione con un ulteriore aspetto che ne enfatizza ancor più la portata: la decisione giudiziale *de plano*.

8. Lo sbocco della complessa interlocuzione tra accusa e difesa sui colloqui da acquisire è un'ordinanza del giudice per le indagini preliminari emessa in camera di consiglio, senza l'intervento delle parti, entro cinque giorni dalle loro richieste (art. 268 *quater* co. 1 Cpp). L'udienza è relegata a mera eccezione, in caso di necessità (art. 268 *quater* co. 2 Cpp).

La scelta – inedita nel panorama delle precedenti iniziative riformiste, tra le quali piuttosto si possono rinvenire soluzioni di segno opposto, come quella di affidare il provvedimento acquisitivo ad un tribunale collegiale²²⁹ – non sembra dettata, questa volta, da ragioni di tutela della *privacy* (anche se partecipata, l'udienza si sarebbe comunque svolta secondo il modello camerale), quanto, piuttosto, da esigenze di speditezza ed economia processuale.

²²⁴ Art. 268 *bis* co. 1 Cpp.

²²⁵ Così anche la *Relazione illustrativa*, cit., 4, che definisce l'annotazione come «un utile strumento orientativo per le difes[e], che possono più agevolmente esaminare, data la nuova struttura dei verbali, il materiale registrato».

²²⁶ Sebbene la legge lasci nell'ombra il grado di dettaglio di tali annotazioni, limitandosi a un generico riferimento ai «contenuti delle comunicazioni e conversazioni», di talché è difficile presagire quanto utili potranno essere per la difesa al fine di individuare i colloqui scartati.

²²⁷ V. *supra*, § 5.

²²⁸ V. *supra*, parte conclusiva del § 5.

²²⁹ V. d.d.l. Alfano, cit. (art. 5).

Se così è, in primo luogo, non sembra che la celebrazione di un'udienza in fase di indagini, funzionale alla decisione sulle intercettazioni, possa, in realtà, comportare un eccessivo dispendio di tempo e risorse. Ma, in ogni caso, vista la delicatezza della posta in gioco e, soprattutto, il nuovo volto della procedura selettiva, lo svolgimento di un contraddittorio pieno²³⁰ dovrebbe di certo prevalere rispetto alle istanze di economia processuale.

In generale, la partecipazione delle parti, oltre che a maggior tutela delle loro ragioni, si pone anche ad ausilio del giudice, in special modo in una situazione nella quale egli, naturalmente privo del fascicolo e di una visione d'insieme, debba essere in qualche modo guidato dalle stesse nella propria decisione.

Nello specifico, poi, il necessario intervento delle parti sembra ricollegarsi proprio alla maggior complessità che contraddistingue i passaggi prodromici alla decisione, soprattutto dal punto di vista difensivo. La difesa, infatti, deve convincere il giudice che taluni dialoghi vanno tolti ed altri vanno aggiunti rispetto alle prospettazioni del pubblico ministero (oppure entrambe le cose) e, se qualcosa bisogna aggiungere, si deve recuperare dal magma delle conversazioni non trascritte ed eventualmente riportare alla luce²³¹. L'immagine, piuttosto nitida, è quella di una difesa che rincorre partendo da una posizione di svantaggio, per recuperare la quale dovrebbe poter almeno contare sulla possibilità di far sentire la propria voce al cospetto del giudice.

Bisogna, poi, considerare la natura peculiare dell'oggetto delle richieste acquisitive. Stiamo parlando di comunicazioni o conversazioni, la cui rilevanza rispetto ai fatti da accertare dipende, in molti casi, dall'interpretazione loro attribuita, la quale – a sua volta – può derivare da una certa intonazione della voce, dall'uso di una particolare espressione e via dicendo. Ed allora sembra ovvio che, al fine di perorarne l'utilità o, viceversa, la superfluità, il senso di un dato colloquio non possa essere ridotto entro un'esplicazione scritta, ma necessiti di una (efficace) illustrazione orale, magari anche solo per convincere il giudice ad ascoltare la relativa registrazione, come gli è consentito dall'art. 268 *quater* co. 1 Cpp.

Infine, è altamente probabile, per tutte le ragioni già illustrate²³², che i difensori si siano trovati in grossa difficoltà nel reperire le conversazioni potenzialmente di loro interesse tra quelle scartate. Ed allora l'udienza partecipata si porrebbe quale momento prezioso per chiedere l'ausilio del giudice che, guidato dagli spunti della parte, potrebbe attivare le risorse del proprio ufficio per andare alla ricerca delle registrazioni di riferimento, onde poterne vagliare la rilevanza.

In definitiva, sembra piuttosto evidente l'opportunità (per non dire l'imprescindibilità) di una udienza partecipata che, nel garantire appieno i diritti delle parti, consente, al contempo, di addivenire ad un provvedimento più ponderato del giudice, in piena rispondenza al significato del contraddittorio, quale miglior metodo per raggiungere una decisione.

La scelta del legislatore delegato, invece, si rivela alquanto deludente, anche alla luce del fatto che erano state create le migliori premesse – attraverso la *discovery*

²³⁰ Cioè accompagnato dall'oralità e contestualità del confronto, quali connotati di massima espressione del contraddittorio (cfr. G. Giostra, *Contraddittorio*, cit., 1).

²³¹ In base all'art. 268 *quater* co. 3, ultima parte, infatti, il giudice deve ordinare la trascrizione dei colloqui originariamente non riportati nei brogliacci, ove accolga la richiesta difensiva di acquisirli.

²³² V. *supra*, § 6.

preventiva²³³ – per poi approdare, invece, ad un contraddittorio quasi impossibile da affrontare per la difesa, alle condizioni in cui è posta²³⁴, e comunque monco, poiché meramente cartolare.

Nella prassi queste preoccupazioni potrebbero stemperarsi, là dove sia lo stesso giudice, di fronte ai casi più complessi o a richieste particolarmente articolate, ad avvertire la necessità di fissare l'udienza²³⁵, godendo di ampia discrezionalità al riguardo (stante l'assenza, nell'art. 268 *quater* co. 3 Cpp, di qualsivoglia criterio orientativo) e potendo procedervi anche d'ufficio²³⁶.

Se, dunque, occorrerà attendere la prova dei fatti per verificare la tenuta di un simile meccanismo, che ribalta il rapporto tra regola ed eccezione, non si può prescindere, in questa sede, da una considerazione di carattere generale sulla scelta operata dal legislatore e soprattutto sulla giustificazione che l'ha accompagnata.

La commissione giustizia del Senato, invero, aveva condizionato il proprio nulla osta sul testo della riforma alla previsione di una apposita udienza stralcio²³⁷. Il Governo spiega così, nella relazione illustrativa, le ragioni del mancato recepimento: «la legge non dice che questo diritto di partecipazione alle operazioni di stralcio debba concretizzarsi in un diritto di prendere parte ad una apposita udienza; la partecipazione alle operazioni di stralcio può, infatti, essere declinata in termini di interlocuzione meramente cartolare. Sono state le incertezze interpretative in ordine alla fisionomia dell'attuale procedura di acquisizione e stralcio ad averne comportato la scarsa effettività e ad aver indotto il legislatore alla costruzione di una nuova e diversa procedura. I tratti indefettibili del modello che il legislatore delegato è chiamato a definire sono costituiti dal contraddittorio tra le parti, che implica la presenza

²³³ Scaturente dalla condivisione dell'elenco delle conversazioni formato dal pubblico ministero ex art 268 *bis* co. 1 Cpp.

²³⁴ Riprendendo le parole di G. Giostra (v. *supra*, nota 208), si potrebbe dire che qui uno dei contraddittori (la difesa) conosce gli argomenti dell'altro (grazie all'elenco), ma, paradossalmente, ignora l'oggetto del contendere, poiché le manca la possibilità di dominare l'intero compendio delle conversazioni alla cui acquisizione è chiamato a contribuire con le proprie istanze.

Le ripercussioni derivanti dall'introduzione di filtri a monte per i risultati delle intercettazioni sullo svolgimento del contraddittorio erano già state lucidamente rappresentate da P. Ferrua, *Due temi da distinguere*, cit., 487, nel commentare il d.d.l. Flick. L'Autore, con consueta efficacia, aveva sottolineato che tale scelta comporta «una inevitabile contropartita, rappresentata da una surrettizia riduzione del potere conoscitivo dei difensori: dunque del contraddittorio che, in rapporto alle intercettazioni, si esplica per l'appunto con la diretta partecipazione della difesa alla selezione del materiale rilevante ai fini del processo». E si consideri che, in quel progetto di riforma, le limitazioni delle possibilità cognitive della difesa non erano accompagnate dalla cancellazione dell'udienza.

²³⁵ Nello stesso senso D. Pretti, *op. cit.*, 203; di diverso avviso, invece, A. Camon, *Primi appunti*, cit., 12, il quale ipotizza che «la “resa”» del meccanismo ideato dal legislatore «dipenderà molto dal modo in cui le parti eserciteranno la facoltà di illustrare le loro richieste con memorie [...]: quanto più saranno argomentate, tanto meno ci sarà bisogno di fissare l'udienza».

²³⁶ D. Pretti, *op. cit.*, 203.

²³⁷ Questa la formulazione della norma suggerita dalla commissione: «Decorsi cinque giorni dalla presentazione delle richieste, il giudice fissa per il quinto giorno successivo l'udienza della quale è data tempestiva comunicazione al pubblico ministero e ai difensori e nella quale dispone con ordinanza l'acquisizione delle conversazioni e comunicazioni indicate dalle parti, salvo che siano manifestamente irrilevanti, e ordina, anche d'ufficio, lo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione» (*Parere* espresso dalla commissione giustizia Senato, cit.).

decisoria del giudice, e dalla scansione ordinata della progressione procedimentale. Ciò si desume chiaramente dal criterio direttivo di cui alla lettera a) del co. 84 dell'articolo 1 della legge di delega. Non v'è allora alcun impedimento, nella legge di delega, alla costruzione di un meccanismo che preveda l'udienza di selezione come momento eventuale all'interno di una procedura scandita nella sua evoluzione dal rigoroso rispetto del contraddittorio tra le parti in vista della decisione del giudice»²³⁸.

In realtà, nessuna "incertezza interpretativa" caratterizzava la procedura codicistica, tale da determinarne la "scarsa effettività". L'abrogato art. 268 co. 6 Cpp prevedeva il diritto delle parti di partecipare allo stralcio, previo avviso almeno ventiquattro ore prima. E «"partecipare" [...] significava presenziare»²³⁹.

È probabile, come acutamente osservato, che il legislatore abbia voluto smorzare le resistenze manifestate²⁴⁰ sulla (ragguardevole) novità, sminuendone la portata²⁴¹. Ma qui l'operazione sembra, in realtà, più sottile: la riforma parte, ancora una volta, dal dato pratico, metabolizzandolo ed ergendolo a suo presupposto: la disciplina attuale è oggetto di sistematica disapplicazione. In questo caso, però, si va oltre, perché la prassi deviante viene giustificata sulla base della presunta oscurità di una norma (l'art. 268 co. 6 Cpp abr.), in realtà chiarissima. Si legittima, così, un'innovazione che, però, questa volta, opera al ribasso, non andando a ribadire il significato della norma disapplicata, bensì riscrivendola in senso conforme alla prassi. In altri termini, il codice prevedeva la celebrazione di un'udienza, l'applicazione quotidiana l'ha cancellata²⁴², ciò significa che la norma non era chiara, allora riscriviamola, eliminando l'udienza. Riaffermazione della legalità o resa al diritto vivente?

9. Dalla decisione del giudice scaturiscono effetti importanti. Innanzitutto, essa segna il momento della definitiva biforcazione tra il materiale acquisito (che confluisce nel fascicolo delle indagini)²⁴³ e quello scartato (restituito al pubblico ministero per la conservazione nell'archivio riservato)²⁴⁴; determina, altresì, la caduta del segreto sugli atti e i verbali delle conversazioni e comunicazioni oggetto di acquisizione²⁴⁵; genera il diritto di copia per la difesa, che a questo punto può (finalmente) entrare in possesso delle registrazioni e dei verbali²⁴⁶ ed, infine, dà avvio alle operazioni di trascrizione dei colloqui acquisiti, sia pur posticipandole al dibattimento²⁴⁷.

Ognuno di questi aspetti merita attenzione, in sé considerato ed in rapporto alle dinamiche complessive della nuova disciplina.

Partendo dal primo punto, il fatto che gli atti e i verbali relativi ai colloqui selezionati siano inseriti nel fascicolo delle indagini solo dopo la decisione del giudice fissa, anche a livello iconico, il mutamento di prospettiva. Se prima tutto il materiale

²³⁸ *Relazione illustrativa*, cit., 18, corsivo dell'Autore.

²³⁹ A. Camon, *Primi appunti*, cit., 12.

²⁴⁰ Soprattutto da parte di esponenti dell'avvocatura e condensabili nel commento di B. Migliucci, *Intercettazioni, una brutta riforma che manca l'obiettivo*, in *GD* 2017 (47), 9.

²⁴¹ Così A. Camon, *Primi appunti*, cit., 12.

²⁴² Più esattamente l'ha assorbita entro la fase iniziale del dibattimento (v. *supra*, § 2).

²⁴³ Art. 268 *quater* co. 1 Cpp.

²⁴⁴ Artt. 268 *quater* co. 5 e 269 Cpp.

²⁴⁵ Art. 268 *quater* co. 3 Cpp.

²⁴⁶ Art. 268 *quater* co. 4 Cpp.

²⁴⁷ Art. 493 *bis* Cpp.

veniva depositato, da subito ed in modo indifferenziato, presso la segreteria del pubblico ministero, per rimanervi sino ed anche oltre l'udienza stralcio (ove celebrata immediatamente dopo le operazioni), ora il momento selettivo/acquisitivo rappresenta la condizione di accesso delle conversazioni al fascicolo delle indagini²⁴⁸ ed, al contempo, il punto di non ritorno per quelle scartate²⁴⁹.

In sostanza: nel sistema precedente, i colloqui godevano di una lunga permanenza presso gli uffici del pubblico ministero, ove, peraltro, avrebbero continuato a risiedere, in modo promiscuo, anche dopo l'udienza stralcio che, per avventura, si fosse celebrata al termine delle operazioni, secondo il disposto normativo. Il codice, infatti, non aveva previsto una sede distinta per i dialoghi scartati, che li tenesse separati dagli altri, prima della trasmissione di questi ultimi al fascicolo per il dibattimento²⁵⁰. Il materiale superstite veniva collocato, secondo una formulazione piuttosto ambigua, «presso il pubblico ministero»²⁵¹ che aveva disposto l'intercettazione, fino alla sentenza definitiva, salva eventuale distruzione, a tutela della riservatezza, una volta venuta meno la necessità della conservazione per il procedimento (art. 269 co. 1 Cpp). Come sappiamo, la prassi si era poi incaricata di annullare anche quelle tappe: l'intero materiale, senza subire alcuna selezione, restava a giacere nelle stanze del pubblico ministero fino alle porte del dibattimento.

Questo, invece, lo scenario odierno. Il compendio relativo alle intercettazioni viene immediatamente collocato in nuovo avamposto: l'archivio riservato di cui agli artt. 269 co. 1 Cpp e 89 *bis* NAttCpp²⁵², dal quale si sposterà, per confluire nel fascicolo delle indagini, solo quella parte di materiale che sarà oggetto di acquisizione. I colloqui scartati e la relativa documentazione continueranno a rimanere nell'archivio e potranno essere distrutti a tutela della riservatezza²⁵³.

Evidente, dunque, nel nuovo assetto, la centralità dell'archivio, destinato ad accogliere, in prima battuta, l'intero materiale uscito dalle operazioni captative, per poi trattenere definitivamente quello scartato (a meno che per quest'ultimo si

²⁴⁸ Nel panorama giurisprudenziale, si può rinvenire una pronuncia che, in epoca piuttosto risalente, si esprimeva nei medesimi termini: «Il p.m. non può inserire nel proprio fascicolo i verbali delle intercettazioni telefoniche o ambientali se non previa autorizzazione del g.i.p., il quale provvede, a conclusione del procedimento incidentale *ex art.* 268, garantito da contraddittorio seppur nelle forme di cui all'art. 127 c.p.p., a indicare quali conversazioni siano da ritenere rilevanti ed utilizzabili» (G.i.p. Trib Trani, 15 gennaio 1993, Cannito e altri). *A posteriori*, non si può far a meno di notare che il precedente si colloca in un momento storico in cui la prassi disapplicativa dell'udienza stralcio non poteva ancora dirsi consolidata.

²⁴⁹ Salvi eventuali recuperi nelle fasi successive del procedimento, v. *infra*, § 10.

²⁵⁰ Si veda il combinato disposto di cui agli abrogati commi 6 e 7 dell'art. 268 Cpp.

²⁵¹ Sul punto v. *infra*, § 9.1.

²⁵² Come già accennato (v. *supra*, nota 166), l'idea dell'istituzione di un archivio riservato si deve al d.d.l. Flick, risalente al 1996, ed è stata poi riprodotta in molti dei progetti di riforma successivi. La soluzione ha sempre riscosso ampio consenso in dottrina.

²⁵³ Si veda l'art. 269 co. 2 Cpp, come novellato: rispetto alla normativa previgente, il presupposto per la cancellazione non è più la "non necessità per il procedimento" della documentazione, bensì la mancata acquisizione. Secondo A. Camon, *Forme, destinazione*, cit., 93, la modifica allarga il campo applicativo dell'istituto, poiché il giudice si limiterebbe solo ad un controllo formale, volto a verificare che i colloqui oggetto di richiesta non siano stati acquisiti, laddove invece la prima formula faceva salva una valutazione di potenziale utilità (ad esempio anche in altri procedimenti).

dischiudano nuove finestre di accesso al compendio probatorio²⁵⁴, oppure si apra l'irreversibile via della distruzione). Da luogo di passaggio per i colloqui che saranno acquisiti, dunque, a destinazione finale per tutti gli altri (siano essi irrilevanti secondo la valutazione giudiziale, non richiesti dalle parti o inutilizzabili).

Queste materiali "movimentazioni" rappresentano il segno tangibile del nuovo meccanismo acquisitivo, che, sullo sfondo di una più efficace tutela della *privacy*, determina, dal punto di vista strettamente processuale, la spendibilità del materiale intercettato²⁵⁵. Su questo punto, però, conviene andare più a fondo.

La tesi che subordina qualsiasi impiego probatorio delle intercettazioni all'esaurimento della procedura acquisitiva era diffusa già con riferimento al sistema precedente, soprattutto nella prima fase di vigenza del codice. In quel contesto, il problema si poneva rispetto all'utilizzabilità delle registrazioni non ancora trascritte, poiché la perizia trascrittiva costituiva (o avrebbe dovuto costituire, nelle intenzioni del legislatore) il momento finale dell'*iter* acquisitivo, produttivo dei relativi effetti²⁵⁶. La radicalità di tale approccio era stata all'epoca messa in discussione con argomentazioni senz'altro convincenti, che si possono riassumere nella considerazione per cui la procedura di stralcio e trascrizione era *conditio sine qua non* per l'uso probatorio in senso stretto delle intercettazioni, di talché solo il suo già avvenuto svolgimento impediva di usare, anche in fase di indagini, il risultato della captazione nella versione precedente allo stralcio; in caso contrario, invece, quegli stessi elementi, sebbene non ancora trascritti, erano pienamente spendibili, come dimostrava il loro impiego in fase cautelare e persino qualora l'operazione fosse ancora in corso di svolgimento²⁵⁷.

Nella prassi, come sappiamo, il problema era spontaneamente rientrato, dal momento che la sistematica disapplicazione dell'udienza stralcio aveva portato ad un'acquisizione di fatto del materiale, al di fuori dei binari prescritti.

Nel nuovo sistema, in cui l'*iter* acquisitivo è stato "ricondotto" nella fase delle indagini - privato, però, del segmento finale della trascrizione - il tema diviene l'utilizzabilità dei colloqui prima che il parametro di rilevanza intervenga opportunamente a scinderli. I ritmi serrati impressi all'intera procedura dovrebbero circoscrivere l'area di emersione del problema; qualora, però, dovesse venire a galla²⁵⁸, non c'è ragione di escludere un'utilizzabilità *medio tempore* delle intercettazioni, per fondare, ad esempio, provvedimenti urgenti, atti a sorpresa o anche una domanda di archiviazione²⁵⁹.

Tale assunto, oltre che dall'irragionevolezza delle conseguenze insite nella tesi contraria e da ragioni di carattere sistematico²⁶⁰, scaturisce da una riflessione generale

²⁵⁴ Nelle fasi successive dell'udienza preliminare e del dibattimento, rispettivamente secondo i novellati artt. 422 co. 4 *bis*, 472 e 493 *bis* Cpp: v. *infra* § 10.

²⁵⁵ V. *supra*, § 7.

²⁵⁶ La tesi era sostenuta, tra gli altri, da P. Bruno, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *DigDPen*, VII, Torino 1993, 202.

²⁵⁷ Giusta ricostruzione di A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 250 s., al quale si rinvia per i riferimenti puntuali.

²⁵⁸ Anche in forza della nota prassi dilatoria tutt'ora consentita dall'art. 268 *bis* co. 3 Cpp.

²⁵⁹ Esemplificazione di A. Camon, *Primi appunti*, cit., 24 s.

²⁶⁰ Entrambe messe in luce da A. Camon, *Primi appunti*, cit., 24 s., il quale cita, come esempio di conseguenza irragionevole, l'impossibilità di sfruttare i risultati di intercettazioni non ancora acquisite

sulla *ratio* della riforma e, ancora una volta, dal corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti. Se, infatti, l'obiettivo della ridisegnata procedura acquisitiva è, scopertamente, quello di potenziare la tutela della riservatezza, espungendo prima possibile dal sistema dati processualmente irrilevanti, non sembra che tale scopo possa essere messo a repentaglio dal precoce impiego delle risultanze delle intercettazioni al fine di alimentare l'ulteriore attività investigativa o comunque per rivolgere domande interlocutorie al giudice per le indagini preliminari. Un simile utilizzo (intermedio) non interferirebbe con la successiva cernita dei colloqui e nemmeno con l'eventuale eliminazione di quelli che, sebbene usati come impulso per ulteriori atti d'indagine, dovessero poi rivelarsi irrilevanti e, dunque, non meritevoli di far ingresso nel fascicolo²⁶¹. In altre parole, la tesi di rigore – che priva le intercettazioni di qualsivoglia spendibilità al di fuori della loro acquisizione – comporterebbe un eccessivo, quanto inutile, sacrificio per le esigenze di indagine, sbilanciando troppo la disciplina verso le ragioni della *privacy*, questa volta non a discapito dei diritti difensivi, bensì dell'interesse all'accertamento dei reati.

Da questo scenario andrebbe, tuttavia, eccettuata la richiesta di archiviazione. A differenza degli altri esempi citati, essa, qualora non si risolva in un provvedimento *de plano*, dà luogo all'accesso agli atti ed, eventualmente, ad una procedura nel contraddittorio delle parti. La *discovery* che si innesca in questa fase, dunque, se aperta a conversazioni non ancora bonificate, comporterebbe possibili profili di frizione rispetto alla tutela della riservatezza, rischiando di compromettere gli obiettivi della riforma²⁶².

Il problema dell'uso interinale delle intercettazioni non ancora selezionate era stato risolto, in alcuni progetti precedenti, con la previsione di un'apposita disciplina derogatoria, che consentiva di presentare al giudice, investito di una decisione da prendere prima del deposito delle conversazioni, i colloqui rilevanti e utilizzabili, dei quali egli stesso disponeva quindi l'acquisizione, restituendo al pubblico ministero quelli irrilevanti²⁶³. Un meccanismo molto simile è previsto dall'attuale riforma per il solo impiego delle intercettazioni a fini cautelari, mentre è stata abbandonata la prospettiva più ampia²⁶⁴.

Residua un dubbio: che l'impiego delle intercettazioni prima della loro formale acquisizione al fascicolo delle indagini possa costituire un ulteriore incentivo per il ricorso al meccanismo dilatorio di cui all'art. 268 *bis* co. 3 Cpp, né più né meno di

per compiere atti urgenti, quali una perquisizione presso lo studio del difensore o il controllo di una diversa utenza; e, come dati sistematici, l'eccezionale impiego delle comunicazioni di cui all'art. 270 *bis* Cpp o, più banalmente, l'uso delle intercettazioni in fase cautelare, che precede, anche nella sistematica della riforma, la loro acquisizione al fascicolo delle indagini (sul punto v. *infra*, § 11).

²⁶¹ Su questo punto bisogna essere chiari: l'utilizzo in fase di indagini delle intercettazioni non ancora selezionate non può tradursi in un loro surrettizio inserimento nel fascicolo, come sembra invece desumersi dalle già citate linee guida della Procura di Velletri (p. 9); tale effetto deve comunque rimanere subordinato all'acquisizione.

²⁶² Sul problema del rapporto tra acquisizione delle intercettazioni e archiviazione, anche sotto il profilo della tutela della riservatezza, si veda la ricostruzione di A. Vele, *Le intercettazioni*, cit., 155 s., cui si rinvia per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali riportati.

²⁶³ V. d.d.l. Flick (art. 4, nella parte in cui inseriva l'art. 268 *quinquies* Cpp) e d.d.l. Mastella (art. 4, nella parte in cui inseriva l'art. 268 *quater* co. 2 e 3 Cpp).

²⁶⁴ Per la prospettazione delle probabili ragioni di tale scelta, v. A. Camon, *Primi appunti*, cit., 17.

quanto avvenuto fino ad oggi²⁶⁵. Si è visto come, nel nuovo sistema, gli effetti di tale dinamica sulla riservatezza siano neutralizzati dalla persistenza del segreto. Essi continuano ad incidere, però, sulla piena esplicazione del diritto di difesa²⁶⁶ e, aggiungiamo, anche sul diritto all'informazione: più tardi cadrà il segreto sugli atti, più tardi scatterà la possibilità di pubblicarli nel loro contenuto, ai sensi dell'art. 114 commi 1 e 7 Cpp²⁶⁷. Ciò ad ulteriore dimostrazione dell'estrema difficoltà insita nella ricerca di un punto di equilibrio tra i molteplici interessi che si affollano intorno all'impiego delle intercettazioni, sia all'interno che all'esterno del processo.

9.1. Proseguendo nell'esame degli effetti dell'ordinanza di acquisizione, con l'art. 268 *quater* co. 3 Cpp, si arriva al vero fulcro della riforma, rispetto al quale tutte le altre modifiche possono ritenersi accessorie (ed alcune perfino superflue²⁶⁸): la nuova fisionomia del segreto sui risultati delle intercettazioni.

Giunge finalmente a compimento quel modello – alimentato anno dopo anno dalla dottrina unanime²⁶⁹ – che spezza l'automatismo tra deposito del materiale intercettato e caduta del segreto sullo stesso. Oggi, il vincolo di segretezza sui risultati delle intercettazioni viene meno solo con l'ordinanza acquisitiva del giudice e, come ovvio, limitatamente al materiale acquisito. Il legislatore delegato spende più d'una disposizione per delineare il nuovo assetto: fissa la regola nell'art. 268 *quater* co. 3, la ribadisce, specularmente, nell'art. 269 co. 1 e 2, la ripete, infine, nell'art. 89 *bis* co. 2 NAttCpp. Ne deriva un quadro in cui il segreto copre i risultati delle captazioni prima che divengano prove (attraverso l'acquisizione) e viene mantenuto per sempre su quelli che prove non diverranno mai.

A ben guardare, si tratta di una nuova forma di segreto *ad hoc* del tutto peculiare, poiché va a coprire atti ormai già portati a conoscenza delle difese attraverso il deposito²⁷⁰. In sostanza: i risultati delle intercettazioni, una volta depositati, sono svincolati dal cosiddetto segreto interno (posto a tutela delle indagini), ma restano avvinti da un nuovo segreto a tutela della *privacy*.

Il venir meno dell'automatismo tra il deposito delle intercettazioni e la caduta del segreto interno, spezza, conseguentemente anche quello tra caduta del segreto interno e pubblicazione. Nel nuovo assetto delineato dalla riforma, cioè, la pubblicazione del contenuto delle intercettazioni non è possibile fintanto che le stesse rimangano coperte dal “nuovo” segreto di cui all'art. 268 *quater* co. 3 Cpp. Questa appare l'unica interpretazione conforme alla *ratio* della legge: a poco o nulla sarebbe servito estendere il segreto fino al momento acquisitivo, se *medio tempore*, cioè dopo il deposito del materiale a disposizione della difesa, lo stesso continuasse a poter

²⁶⁵ V. *supra*, § 2.

²⁶⁶ V. *supra*, § 6.

²⁶⁷ Sul punto v. *infra*, § 9.2.

²⁶⁸ V. *infra*, § 13.

²⁶⁹ V. *supra*, nota 22.

²⁷⁰ Esprime, infatti, qualche riserva per una formulazione testuale che considera “segreti” atti di cui il difensore può legittimamente prendere conoscenza A. Camon, *Primi appunti*, cit., 13; l'A., inoltre, pur ribadendo l'imprescindibilità di una scelta in tale direzione (già a suo tempo espressa), ritiene che, in luogo di una «nuova forma di segreto che si affianca a quello cosiddetto “interno” (art. 329 co. 1 c.p.p.)», sarebbe bastato intervenire sul divieto di pubblicazione, seguendo il riferimento contenuto nella delega (art. 1 co. 84 lett. a, n. 2).

costituire oggetto di pubblicazione (sia pur solo nel contenuto). Tale lettura trova conferma esplicita nella relazione illustrativa al decreto²⁷¹, che afferma come l'attuazione del criterio di delega che pospone all'esito della procedura acquisitiva la caduta del segreto e quindi del divieto di pubblicazione²⁷² sia racchiusa proprio nell'art. 268 *quater* co. 3 Cpp. Ciò posto, non si può far a meno di notare, però, che, a rigore, la caduta del divieto assoluto di pubblicazione viene meno con la caduta del segreto investigativo, che, tutt'ora cade con il deposito degli atti. Dunque, sarebbe stato di certo opportuno, per fugare ogni dubbio, che il legislatore odierno avesse operato degli espliciti adeguamenti testuali anche all'interno degli artt. 114 Cpp e 329 Cpp.

Quale supporto materiale del presidio di segretezza si pone l'archivio riservato, che, pur nella sua centralità, costituisce un "accessorio" della nuova forma di segreto, di cui garantisce la tenuta già in ragione della sua stessa esistenza (poiché viene finalmente "costruito" un luogo *ad hoc* per la custodia di un oggetto delicato, come le risultanze delle intercettazioni), nonché grazie ad una dettagliata regolamentazione, volta a tutelare in modo ottimale la segretezza di quanto conservato al suo interno²⁷³. In altri termini, nel momento in cui il segreto viene esteso fino al provvedimento acquisitivo, è una logica conseguenza l'istituzione di un *locus* deputato a contenere gli atti da esso protetti, separandoli dal restante compendio investigativo. Un'accortezza indispensabile sia per la fase che va dal deposito all'acquisizione (durante la quale il materiale intercettato è conoscibile alle parti ma ancora coperto da segretezza), sia dopo l'acquisizione (a partire dalla quale il segreto permane solo sugli atti scartati).

Anche quest'ultimo aspetto, vale a dire la sorte delle comunicazioni non acquisite, deve essere accuratamente regolato in un sistema che abbia il massimo scrupolo per la tutela della riservatezza. Destinatario di minor attenzione – forse perché ritenuto assorbito nel fatto che lo squarcio nella protezione della *privacy* si aprisse già a monte, con il venir meno del segreto su tutto il materiale depositato – il tema va maneggiato con cautela. L'ambiguità della relativa disciplina, infatti, aveva finito per amplificare ulteriormente il *vulnus* derivante dalla conoscibilità di conversazioni del tutto irrilevanti per il processo e verosimilmente ricche di dati sensibili. Come si è visto, l'unico cenno (peraltro indiretto) ai colloqui non acquisiti si poteva rinvenire nell'articolo 269 co. 1 Cpp, nella parte in cui, secondo la vecchia formulazione, prevedeva che i verbali e le registrazioni fossero conservati *integralmente* presso il pubblico ministero. Non risultava affatto chiaro, però, se la documentazione stralciata (evidentemente ricompresa in quella dicitura)²⁷⁴, andasse o meno inserita nel fascicolo delle indagini²⁷⁵ o, in quanto concernente comunicazioni irrilevanti, dovesse essere custodita altrove, come pure qualcuno aveva ipotizzato²⁷⁶. I colloqui non acquisiti, dunque, restavano in una sorta di spazio indefinito, certamente non regolamentato quanto agli accessi ed alla sua gestione in generale e, dunque,

²⁷¹ *Relazione illustrativa*, cit., 14 s.

²⁷² Fissato nell'art. 1 co. 84 lett. a, n. 2.

²⁷³ Condensata nell'art. 289 *bis* NAttCpp.

²⁷⁴ Nello stesso senso già A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 243.

²⁷⁵ A. Vele, *Le intercettazioni*, cit., 179.

²⁷⁶ C. Taormina, *Diritto processuale penale*, vol. I, Torino 1995, 331 e, in senso adesivo, A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 234, nota 95, che evoca una sorta di «terzo fascicolo», sulla falsariga dell'art. 433 co. 3 Cpp.

potenzialmente foriero di ulteriori inopportune divulgazioni²⁷⁷, ad alimentare la fiammella di un rischio suscettibile di mantenersi vivo lungo l'intero corso del procedimento²⁷⁸.

Anche sotto tale profilo, dunque, merita apprezzamento la scelta di specificare la persistenza del segreto sui colloqui non acquisiti – già implicitamente ricavabile dall'art. 268 *quater* co. 3 Cpp, e comunque oggetto di ulteriore esplicitazione nel successivo art. 269 co. 1 Cpp – nonché quella di relegarli in un archivio riservato di cui sono regolamentati gestione e sorveglianza (a cura dei capi degli uffici di procura), accessi (consentiti al giudice che procede, al pubblico ministero, ai loro ausiliari, compresi gli ufficiali di polizia giudiziaria delegati all'ascolto e ai difensori delle parti²⁷⁹ ed annotati in un registro informatico, con l'indicazione dei dati cronologici e degli atti consultati) e modalità di consultazione (mediante apparecchio in dotazione all'archivio e senza possibilità di estrarre copie)²⁸⁰.

Naturalmente, si dovrà valutare la concreta praticabilità di un simile congegno, se è vero che i rappresentanti delle più importanti Procure e le Camere penali delle stesse città hanno già anticipato di voler chiedere un differimento dell'entrata in vigore della riforma (prevista per luglio)²⁸¹, a causa di carenze tecniche e logistiche degli uffici, che renderebbero allo stato impraticabile il funzionamento dell'archivio riservato²⁸². Torna, dunque, a risuonare la campana della “sostenibilità organizzativa”²⁸³, quale limite potenzialmente capace di vanificare la portata della riforma.

9.2. Anche la modulazione del diritto di copia riconosciuto ai difensori – terzo effetto dell'ordinanza acquisitiva – può considerarsi un aspetto complementare della nuova fisionomia del segreto. Il diritto, esteso sia alle registrazioni che ai verbali, si perfeziona solo una volta disposta l'acquisizione e limitatamente al materiale che ne costituisce oggetto²⁸⁴. La *ratio* è duplice: da una parte, si è inteso creare una perfetta corrispondenza tra il nuovo segreto e il divieto di copia, che, nella prima fase (cioè tra il deposito e l'acquisizione), funge da fattore calmierante dei potenziali rischi connessi

²⁷⁷ Sebbene non sotto forma di copie, posta la limitazione delle stesse al solo materiale trascritto, desumibile dall'art. 268 co. 8 Cpp abr.

²⁷⁸ Si inserisce in questo cono d'ombra anche la tesi secondo la quale sarebbe preclusa la distruzione ex art. 269 co. 2 Cpp di colloqui ormai già divenuti di pubblico dominio, riportata criticamente da A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 243.

²⁷⁹ Si consideri che, nel testo originario, l'accesso all'archivio e l'ascolto erano consentiti solo al giudice. Il Governo ha poi recepito il *Parere* sul punto della commissione giustizia della Camera, estendo il relativo diritto anche ai difensori dell'imputato, «nella prospettiva più ampia di revisione delle condizioni di accesso agli atti da parte della difesa, rispetto all'impianto originario dello schema di decreto» (così si legge nella *Relazione illustrativa*, cit., 14).

²⁸⁰ Art. 89 *bis* NAttCpp.

²⁸¹ V. *supra*, nota 1.

²⁸² Notizia riportata dal *Corriere della Sera* del 12.3.2018. La dose è stata rincarata nell'ambito del convegno organizzato a Roma dall'Unione delle Camere Penali, il cui presidente ha, altresì, anticipato l'intenzione di sollevare l'incostituzionalità della riforma per le violazioni che comporta al diritto di difesa (v. *Riforma delle intercettazioni: «Fermatela o sarà caos»*, in *Il Dubbio*, 24.3.2018).

Analoghe preoccupazioni erano state già espresse da G. Amato, *Archivio riservato: ipoteca risorse e personale*, in *GD* 2018 (7), 60 e C. Parodi-N. Qualgino, *op. cit.*, 36 s.

²⁸³ V. *supra*, nota 84.

²⁸⁴ Art. 268 *quater* co. 4 Cpp.

all'avvenuta *discovery*, mentre nella seconda (successiva all'acquisizione), opera quale suggello permanente al vincolo di segretezza. Dall'altra, come ovvio, si è voluto evitare che la duplicazione di colloqui non ancora selezionati – e, quindi, suscettibili di non essere acquisiti e di andare incontro a potenziale distruzione – rischiasse di mettere a repentaglio l'intera riforma.

Sotto tale profilo, il sistema sembra rimasto invariato rispetto al precedente, in cui il diritto di copia era parimenti subordinato all'acquisizione, anzi addirittura alla trascrizione, quale momento finale della vecchia procedura²⁸⁵ (art. 268 co. 8 Cpp abr)²⁸⁶. Tuttavia, se il confronto va operato non con il sistema in astratto, ma, secondo l'approccio della novella, con quello delineatosi nella prassi, allora ciò che prima appariva un sacrificio eccessivo per la difesa – costretta ad attendere i “biblici” tempi dell'acquisizione per ottenere le copie dei colloqui e, di conseguenza, ad affrontare importanti snodi processuali senza il loro ausilio²⁸⁷ – risulta oggi più tollerabile, alla luce dei ritmi impressi dal legislatore delegato alla procedura acquisitiva.

Residua, tuttavia, qualche perplessità sul fatto che il “nuovo” assetto realizzi effettivamente, sotto tale profilo, il miglior bilanciamento possibile tra gli interessi in gioco: in questo caso, in particolare, tra le ragioni della riservatezza e l'esercizio del diritto di difesa. Il punto di frizione è rappresentato dal mancato riconoscimento del diritto di copia ai difensori contestualmente alla *discovery* degli atti, rispetto al quale ci si può chiedere se il nuovo segreto, nella misura in cui va a “blindare” la riservatezza, avrebbe potuto, di riflesso, restituire un pieno margine d'azione alla difesa, mettendole a disposizione anticipatamente le copie dei colloqui. Una verifica in tal senso sembrerebbe condurre ad un risultato affermativo, poiché il materiale che i difensori otterrebbero in copia è presidiato da un vincolo di segretezza che ne impedisce la divulgazione, sia prima dell'ordinanza acquisitiva e, limitatamente ai colloqui scartati, anche dopo.

L'argomento sembra dirimente: se, infatti, il precoce rilascio di copie costituiva un fattore di rischio nell'assetto previgente – potendo amplificare gli effetti di una pur legittima diffusione dei colloqui intercettati o, addirittura, fornire un *assist* alla loro (questa sì) illegittima pubblicazione integrale – appare, invece, “neutro” in un sistema nel quale i colloqui non possono nemmeno costituire oggetto di propalazione. In questo caso, cioè, la violazione starebbe già nel diffondere notizie sul contenuto delle conversazioni, tanto più gli interi colloqui. In tale delicato frangente, le ragioni della *privacy* sarebbero state, semmai, meglio servite attraverso una più puntuale definizione delle conseguenze penali gravanti sui difensori che si rendono responsabili della divulgazione, aspetto di cui la riforma, invece, si disinteressa totalmente²⁸⁸. E la

²⁸⁵ Fatta eccezione per il caso in cui i risultati delle intercettazioni fossero impiegati a sostegno di una iniziativa cautelare, in relazione al quale la Corte costituzionale, con la nota sentenza 10.10.2008 n. 336, aveva riconosciuto al difensore il diritto di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle comunicazioni utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento, sul punto v. *infra*, § 11.

²⁸⁶ Sulla nuova fisionomia della trascrizione nell'attuale riforma, v. *infra*, § 9.3.

²⁸⁷ Ciò per effetto del noto problema concernente il rapporto tra procedura acquisitiva delle intercettazioni e art. 415 *bis* Cpp, v. *supra*, §§ 2 e 6.

²⁸⁸ Questa la condivisibile idea portata avanti da G. Giostra e ribadita, da ultimo, in *Su intercettazioni e segreto*, cit., 33. Un generalizzato irrigidimento dell'apparato sanzionatorio a sostegno del segreto era contenuto nel d.d.l. Alfano, sia attraverso la modifica di fattispecie già previste (artt. 379 *bis* Cp e 684 Cp), sia mediante l'introduzione del nuovo reato di “accesso abusivo ad atti del procedimento

stessa logica dovrebbe valere riguardo a quella parte di materiale che non superi la selezione, restando relegata nell'archivio riservato sotto una coltre di segretezza.

Resta, tuttavia, un aspetto apparentemente insuperabile: l'esistenza di duplicati potrebbe vanificare la garanzia della eventuale distruzione ex art. 269 Cpp, «che ha un senso, come ovvio, solo se riguarda registrazioni di cui nessuno abbia mai potuto fare copie (altrimenti, servirebbe a poco distruggere l'originale)»²⁸⁹. A ben guardare, però, il fatto che alla distruzione sopravvivano delle copie non rende meno illecito il comportamento di chi le diffonda. Si intende dire che, anche in questa fase, il miglior bilanciamento sarebbe stato, probabilmente, quello di puntare sui presidi sanzionatori del segreto, magari anche attraverso la previsione di pene più rigide o di una specifica aggravante per la diffusione di colloqui già distrutti. Certo, con tale soluzione, verrebbe meno o comunque risulterebbe depotenziata la garanzia di chiusura a tutela della riservatezza, consistente nella definitiva cancellazione dall'orizzonte conoscitivo del materiale processualmente irrilevante. Tuttavia, in un'ottica di bilanciamento tra gli interessi in gioco²⁹⁰, forse è questo un prezzo che si sarebbe potuto pagare, anche alla luce delle ulteriori considerazioni che seguono.

Innanzitutto, vi è un elemento che andrebbe ponderato in ogni valutazione tesa a contemperare valori tra loro contrapposti: il peso che assume una determinata variabile nell'economia del giudizio. Nel nostro caso, ciò dovrebbe indurre ad interrogarsi, da una parte, sull'incidenza che il rilascio di copie riveste rispetto al valore servente (il diritto di difesa) e, dall'altra, sull'influsso che possa ragionevolmente spiegare rispetto all'interesse messo a rischio (la riservatezza). Ebbene, sotto il primo profilo, l'ausilio che la disponibilità materiale degli atti fornisce all'espletamento del mandato difensivo e, quindi, all'esercizio del diritto di difesa, è del tutto evidente, sia in termini generali²⁹¹, ma ancor più riguardo ad atti così peculiari come i risultati delle intercettazioni. La possibilità di leggere i brogliacci ed ascoltare le registrazioni alle condizioni di tempo e di luogo consentite dal proprio studio professionale e la necessità di doverli esaminare presso gli uffici della procura non sono nemmeno comparabili tra di loro. A fronte del peso specifico considerevole che l'ottenimento di copie assume in funzione del diritto di difesa, minima è, per converso, la sua incidenza sulla vulnerabilità della *privacy*, per almeno due ragioni. La prima concerne le possibili

penale" ex art. 617 bis Cp (art. 13).

²⁸⁹ F. Caprioli, *La procedura di selezione e stralcio*, cit., 553.

²⁹⁰ Nel bilanciamento va ovviamente incluso anche l'interesse all'accertamento dei reati, al cospetto del quale il meccanismo distruttivo ex art. 269 Cpp è visto come particolarmente insidioso, in quanto fonte del rischio di perdita della prova (particolarmente allarmato sul punto G. Pestelli, *op. cit.*, 179 s.). Tuttavia, da un lato, la disciplina in tema di distruzione è rimasta pressoché invariata ed, in ogni caso, risulta dirimente in proposito la considerazione per cui le ragioni di giustizia prevalgono sulla riservatezza tutte le volte che un dato è pertinente al processo. Se si giunge alla distruzione del dato, invece, si presuppone che abbia correttamente operato, a monte, il sistema di filtri selettivi del materiale processualmente rilevante.

²⁹¹ Basti ricordare, in proposito, il principio di carattere generale a suo tempo affermato dalla Corte costituzionale, circa la facoltà di estrarre copia quale estrinsecazione del «contenuto minimo del diritto di difesa», dato dalla «conoscenza degli atti depositati mediante la loro visione», che, pertanto, deve automaticamente accompagnarlo, salvo che la legge disponga diversamente, «al fine di agevolare le ovvie esigenze del difensore di disporre direttamente e materialmente degli atti per preparare la difesa e utilizzarli nella redazione di richieste, memorie, motivi di impugnazione» (C. cost., 24.12.1997 n. 192, in *RIDPP* 1998, 1015 e ribadito da C. cost., 20.12.2000 n. 558, in *CP* 2001, 1125).

modalità della divulgazione: la copia del materiale è un veicolo potente, ma non esclusivo, poiché i colloqui potrebbero circolare anche mediante autonome trascrizioni artigianali; il secondo riguarda gli stessi autori della divulgazione: è piuttosto netta l'impressione che i difensori, in questa riforma, siano «destinatari di un inaccettabile *pre-giudizio* quali potenziali diffusori del materiale in oggetto»²⁹², che ben potrebbe essere entrato nel circuito di conoscibilità per mano altrui.

Si tratta di un'impressione che, peraltro, risulta scolpita nei lavori preparatori, se si considera che la prima stesura del decreto negava ai difensori il diritto di ottenere copia dei verbali delle operazioni (i brogliacci, in sostanza) perfino all'esito della procedura acquisitiva, limitando la possibilità di duplicazione alle sole registrazioni. Parimenti precluso ai difensori era l'accesso all'archivio riservato. Solo il parere vincolante espresso su tali punti dalla commissione giustizia della Camera ha indotto il legislatore delegato a rivedere le proprie posizioni, concedendo graziosamente alla difesa il rilascio di copia dei verbali, anche in considerazione del potenziale pregiudizio derivabile alle sue «scelte e prerogative precedenti al rinvio a giudizio» dalla posticipazione della perizia trascrittiva fino al dibattimento²⁹³. Inoltre, «in una prospettiva più ampia di revisione delle condizioni di accesso agli atti da parte della difesa»²⁹⁴, le è stato riconosciuto l'incondizionato diritto di accedere all'archivio riservato, ai fini dell'esercizio delle prerogative difensive²⁹⁵.

Il legislatore ha dunque valorizzato un determinato elemento della riforma (il disallineamento tra acquisizione e trascrizione)²⁹⁶ per giustificare il diritto di copia che si ottiene in corrispondenza dello stralcio.

Ve ne sarebbero altri, anch'essi interni alla riforma, interpretabili nel senso che qui si va sostenendo, cioè a supporto del riconoscimento (non realizzato dalla riforma) di tale prerogativa già all'atto del deposito del materiale intercettato. Secondo tale approccio, non solo il nuovo segreto, ponendo al riparo la *privacy*, ha di fatto creato le condizioni per una corrispondente rimodulazione in chiave espansiva del diritto di copia, ma quest'ultima integrerebbe addirittura un presupposto necessario per fronteggiare la stessa procedura acquisitiva, divenuta oggi più complessa. È la tesi enucleata da chi ritiene che il difensore, sprovvisto delle copie degli atti, non sarebbe in grado di affrontare compiutamente la prima fase del procedimento di acquisizione, soprattutto ove quest'ultimo dovesse incanalarsi verso la celebrazione di un'udienza, secondo il modulo eccezionale previsto dall'art. 268 *quater* co. 2 Cpp²⁹⁷. Da ultimo,

²⁹² Così si legge nel comunicato indirizzato alla Commissione giustizia della Camera dall'Unione delle Camere Penali nella fase di approvazione del decreto: "*Considerazioni in ordine allo schema di decreto legislativo in attuazione della delega di cui all'art. 1 della legge 23 giugno 2017, n. 103*", 7, consultabile sul sito www.camerepenali.it.

²⁹³ In questi termini si esprime la *Relazione illustrativa*, cit., 14. La modifica è parsa opportuna anche alla luce di una considerazione di carattere pratico, non ravvisandosi alcuna ragione per cui la disponibilità della registrazione integrale (di per sé autonomamente trascrivibile) non dovrebbe essere corredata da quella dei relativi verbali (così C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 23).

²⁹⁴ *Relazione illustrativa*, cit., 14

²⁹⁵ Art. 269 co. 1 Cpp.

²⁹⁶ V. *infra*, § 9.3.

²⁹⁷ In questi termini G. Pestelli, *op. cit.*, 185 s., il quale vede in tale aspetto un problematico «nodo di tenuta costituzionale del sistema». L'Autore, però, pur pervenendo a condivisibili conclusioni, muove dal presupposto secondo cui la deroga al diritto di ottenere copie sarebbe irragionevole al cospetto di

sempre in un'ottica tutta interna alla riforma, la materiale disponibilità dei colloqui da parte della difesa avrebbe potuto essere di ausilio anche per orientarsi tra le "famigerate" conversazioni non trascritte, più facilmente individuabili attraverso la pronta consultabilità di quelle verbalizzate, dalle quali potrebbero emergere indizi utili per riportare alla luce colloqui scartati dall'accusa.

In definitiva, dunque, una visione d'insieme delle modifiche apportate dal decreto legislativo alla procedura acquisitiva delle intercettazioni induce a ritenere che al suo interno avrebbe potuto trovare spazio il riconoscimento del diritto di copia ai difensori sin dal momento del deposito degli atti. Una simile soluzione, infatti, non solo sarebbe risultata in armonia rispetto alla tutela degli altri interessi in gioco, ma era anche suggerita, se non addirittura imposta, dai contenuti stessi della riforma²⁹⁸.

9.3. Come già anticipato, ulteriore tratto qualificante della nuova disciplina è la posticipazione della perizia trascrittiva in sede dibattimentale.

Tale scelta costituisce la logica conseguenza dell'aver ricondotto il momento acquisitivo nella fase delle indagini²⁹⁹. La disapplicazione dell'udienza stralcio, come già diffusamente illustrato³⁰⁰, era dipesa, in misura considerevole, anche dall'irragionevole dispendiosità di una trascrizione che, espletata al termine delle operazioni, si sarebbe potuta rivelare inutile. Ed allora non v'era altro modo per coniugare le esigenze della *privacy* (che richiedono la tempestiva e "riservata" celebrazione della fase acquisitiva) con quelle di economia processuale (che non possono consentire l'inutile esborso di risorse), se non spostando l'adempimento conclusivo della procedura nella fase in cui i risultati delle intercettazioni si fanno prove, attraverso le richieste delle parti³⁰¹.

Spunta, dunque, una norma *ad hoc*, l'art. 493 *bis* Cpp, che ricalca nel contenuto le regole prima distribuite nei commi 7 e 8 dell'art. 268 Cpp: trascrizione delle registrazioni o stampa intellegibile dei flussi informatici o telematici, ricorso alle forme della perizia, possibilità di estrarne copia. Una diversa sfumatura è però individuabile dal confronto tra i due testi: la vecchia formulazione, nel prevedere il potere del giudice di disporre la trascrizione, non contemplava l'inciso «su richiesta delle parti», che campeggia, invece, nel nuovo art. 493 *bis* co. 1 Cpp. Ciò conferisce esplicitamente all'attività trascrittiva un carattere eventuale che, per vero, era già stato riconosciuto

una segretezza investigativa già venuta meno con il deposito; tuttavia, i risultati delle intercettazioni continuano ad essere coperti da un segreto *ad hoc* a tutela non già delle indagini, bensì della *privacy*. Un riferimento al diritto di ottenere copia di tutto il materiale depositato, proprio in vista del contraddittorio funzionale alla sua selezione, si trova anche nel più volte citato articolo, breve quanto efficace, di G. Giostra, *Su intercettazioni e segreto*, cit., 33.

²⁹⁸ La conclusione raggiunta nel testo è propugnata anche da G. Giostra, *Su intercettazioni e segreto*, cit., 33.

²⁹⁹ La possibilità di collocare lo stralcio e la perizia trascrittiva in due momenti diversi dell'*iter* procedimentale, stante anche «l'autonomia concettuale» delle due attività, era già stata prospettata, *de iure condito*, da F. Caprioli, *Tutela della privacy*, cit. 4100 e 4107 (sua l'espressione riportata), *contra* G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni*, cit., 3763 e E. Valentini, *op. cit.*, 3003, secondo i quali il dato normativo non consentiva una soluzione di continuità tra i due segmenti della procedura.

³⁰⁰ V. *supra*, § 2.

³⁰¹ Le istanze di economia processuale sarebbero state ancor meglio servite, secondo A. Camon, *Primi appunti*, cit., 26, là dove l'incidente di trascrizione fosse stato calato nei «tempi morti» tra l'emissione del decreto di rinvio a giudizio e l'apertura del dibattimento.

con riferimento al sistema precedente, stante l'assenza di sanzioni collegate alla sua eventuale omissione³⁰².

Resta da valutare se nel contemperamento delle due esigenze sopra richiamate non finisca per rimanere schiacciato il diritto di difesa. La disponibilità delle registrazioni – e, in forza della modifica apportata in seconda lettura, anche dei brogliacci³⁰³ – tutela l'espletamento del mandato difensivo nella fase precedente alla trascrizione integrale. La possibilità, esplicitata dalla relazione, di chiedere lo svolgimento della perizia «ogni volta che la progressione processuale consente l'esercizio del diritto alla prova», quindi anche in fase di udienza preliminare ai sensi dell'art. 422 Cpp o nell'ambito di una richiesta di giudizio abbreviato condizionato, fa il resto³⁰⁴. Sicché la disciplina, sotto tale profilo, realizza sulla carta un buon compromesso. Anzi, la scelta chiude il cerchio, completando il disegno della riforma.

10. Una volta analizzati i singoli passaggi della nuova procedura acquisitiva, occorre soffermarsi sui criteri che ne consentono l'operatività. Al netto di tale elemento, l'impressione è quella di una cornice barocca che racchiude un dipinto astratto e qualcosa, evidentemente, stride in questa immagine. Fuor di metafora, a fronte di un processo così minuziosamente regolamentato da risultare ridondante e a tratti tortuoso, le regole per il suo funzionamento appaiono, invece, estremamente confuse, soprattutto a causa della loro disomogeneità.

Se si considera che il materiale processualmente rilevante viene distillato attraverso tre passaggi successivi: la preselezione ad opera della polizia giudiziaria ai fini della trascrizione sommaria (previo interpello del pubblico ministero), le richieste acquisitive delle parti e la decisione del giudice, ci si avvede che questi tre stadi sono governati da criteri selettivi differenti.

Infatti: la polizia giudiziaria può trascrivere solo le comunicazioni «*rilevanti ai fini delle indagini, sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti*» (art. 268 co. 2 *bis*)³⁰⁵ e, nel sindacare tale scelta, il pubblico ministero può ordinare la trascrizione delle comunicazioni di cui ritiene la «*rilevanza per i fatti oggetto di prova*» (art. 268 co. 2 *ter*); tanto il pubblico ministero quanto la difesa, nel formulare le richieste acquisitive al giudice, sono tenute a indicare le comunicazioni che ritengono «*rilevanti a fini di prova*» (artt. 268-*bis* co. 1 e 268-*ter* commi 2 e 3); infine il giudice, nel decidere sulle richieste acquisitive, rigetta esclusivamente quelle concernenti comunicazioni «*manifestamente irrilevanti*» (art. 268 *quater* co. 1).

Ebbene, la prima discrasia è agevolmente superabile: lo scollamento tra il parametro che regge l'operato della polizia giudiziaria (*rilevanza ai fini delle indagini*) ed il controllo del pubblico ministero (*rilevanza per i fatti oggetto di prova*) può essere giustificato sulla base del carattere dinamico che deve caratterizzare il vaglio del

³⁰² V., in tal senso, A. Camon, *Le intercettazioni*, cit., 230 e, con riferimento all'art. 226 *quater* Cpp del vecchio codice, G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano 1983, 135.

³⁰³ V. *supra*, § 9.2.

³⁰⁴ *Relazione illustrativa*, cit., 8. Si consideri però il fondato timore espresso da A. Camon, *Primi appunti*, cit., 26, il quale ipotizza il presumibile rigetto di simili richieste, in forza del consolidato orientamento giurisprudenziale che esclude l'indispensabilità della trascrizione nei contesti richiamati.

³⁰⁵ La disposizione in realtà è formulata in negativo: «E' vietata la trascrizione anche sommaria di conversazioni *irrilevanti* ai fini delle indagini sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti», nel testo viene "girata" in positivo per maggior chiarezza espositiva.

pubblico ministero, man mano che l'indagine progredisce. Anzi, il diverso termine di raffronto per il giudizio di rilevanza del pubblico ministero sembra opportuno, in un'ottica di tutela della *privacy*, poiché il riferimento alle "indagini" rischia di ampliare troppo il campo³⁰⁶, perdendo, quindi, capacità selettiva. Al contrario, il riferimento ai "fatti oggetto di prova" è ancora il vaglio al reato che si sta perseguendo. Non bisogna dimenticare, infatti, che il controllo del magistrato si muove in una duplice direzione, sia di recupero del materiale che la polizia intenderebbe escludere, ma anche di esclusione di ciò che la prima ha considerato rilevante.

Ma il vero problema sta, com'è evidente, nella inopinata divergenza tra il criterio che vale per le richieste di parte e quello che regge la decisione del giudice. Dando per scontato che «il parametro cui si ispira la cernita degli elementi rilevanti [deve] mantenersi costante, costituendo il riferimento tanto per l'iniziativa delle parti in sede di indicazione delle registrazioni utilizzabili, quanto per il provvedimento finale di ammissione della prova»³⁰⁷, da più parti è stata rilevata l'irragionevolezza della scelta di «prevedere un criterio più selettivo "a monte" (rilevanza) che "a valle" (non manifesta irrilevanza). Non ha senso, infatti, imporre al pubblico ministero e alla difesa di chiedere l'acquisizione delle sole comunicazioni "rilevanti" (e prima ancora, alla polizia giudiziaria di trascrivere solo tali comunicazioni), e poi – laddove le parti chiedano invece l'acquisizione di comunicazioni "non manifestamente irrilevanti", in apparente violazione di tale regola – imporre al giudice di accogliere tale richiesta»³⁰⁸.

A fronte di un dato testuale incomprensibile, il contrasto va necessariamente risolto sul piano interpretativo, altrimenti la macchina imbastita rischia di restare ferma sulla griglia di partenza³⁰⁹.

Due sono le strade che si aprono per l'interprete. La prima è quella di ritenere che i criteri dettati per la polizia giudiziaria, il pubblico ministero e i difensori (accomunati nel segno della "rilevanza") vadano ragionevolmente letti alla luce del criterio della "non manifesta irrilevanza", sulla cui base è chiamato a decidere il giudice³¹⁰. Il secondo consiste nell'operazione inversa: sarebbe l'ultimo il criterio sbagliato, da adeguare agli altri mediante una lettura restrittiva. Chi propende per quest'ultima soluzione³¹¹, valorizza, da una parte, i segnali disseminati nel testo del decreto³¹² e,

³⁰⁶ Potendo abbracciare, per esempio, anche indagini connesse o collegate oppure le attività di ricerca della *notitia criminis* (ove ritenute ricomprese nell'attività strettamente investigativa), secondo la giusta osservazione espressa da C. Cesari, *op. cit.*, 1282, nota 10, con riferimento al d.d.l. Flick.

³⁰⁷ C. Cesari, *loc. ult. cit.*, sempre riguardo al d.d.l. Flick, che per primo ha inserito la "rilevanza" quale parametro selettivo (in quel caso in modo costante).

³⁰⁸ Così testualmente F. Caprioli, nelle *Osservazioni sullo Schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni*, trasmesse alla Presidenza della commissione giustizia della Camera il 3 novembre 2017, 2 del dattiloscritto. Della stessa opinione A. Camon, *Primi appunti*, cit., 15, che sottolinea l'insensatezza di un parametro che si allarga al momento decisivo, cioè quello dell'ordinanza giudiziale.

³⁰⁹ Già con riferimento alla legge delega, era stato giustamente osservato come «l'efficacia del filtro» non possa che dipendere dalla «chiarezza dei criteri che presiedono all'effettuazione dello stesso», così C. Conti, *op. cit.*, 82.

³¹⁰ Questo il parere espresso da F. Caprioli nelle *Osservazioni* citate alla nota 308, il quale aveva suggerito una opportuna armonizzazione in tal senso dei criteri, che non ha però trovato riscontro nel parere poi inviato al Governo dalla commissione giustizia della Camera.

³¹¹ A. Camon, *Primi appunti*, cit., 16.

³¹² La maggiore consistenza numerica dei riferimenti alla rilevanza ed il fatto che anche la procedura

dall'altra, la necessità di rispondere ai criteri della legge delega, incentrati sui parametri di pertinenza e rilevanza³¹³.

In effetti, la relazione illustrativa è perentoria nell'affermare come nella delega non vi sia alcun riferimento alla manifesta irrilevanza. L'argomento, invero, viene speso per giustificare il mancato adeguamento del Governo alla condizione (non ostativa) posta dalla commissione giustizia del Senato, in relazione al divieto di trascrizione ex art. 268 co. 2 *bis* Cpp, che, secondo tale parere, avrebbe dovuto essere fondato sulla manifesta irrilevanza e non sulla rilevanza³¹⁴. Nel discostarsene, la relazione precisa che la delega «non fa menzione della manifesta irrilevanza per l'essenziale ragione che vuol limitare la quantità di conversazioni o comunicazioni oggetto di trascrizione nei verbali», poiché «il rischio di lesione ai diritti alla riservatezza sarebbe [...] maggiore se anche materiale irrilevante, pur se non manifestamente irrilevante, fosse oggetto di trascrizione»³¹⁵. Il riferimento sembra troppo circostanziato per assumere valore generale e, quindi, dirimente per la nostra questione, ma di certo rappresenta un segnale della tensione della legge delega verso un più stringente vaglio acquisitivo. Soluzione che, peraltro, sarebbe in linea con il principio informatore della nuova disciplina, dato che porre la rilevanza (in luogo della non manifesta irrilevanza) come porta di ingresso del processo per il materiale intercettato realizza, evidentemente, una più efficace tutela della riservatezza.

Che, nella sostanza, la legge delega indichi la rilevanza quale parametro selettivo delle intercettazioni non sembra revocabile in dubbio. Sul piano tecnico, però, i criteri espressamente fissati sono, a loro volta, troppo oscillanti³¹⁶ per poter affermare che la manifesta irrilevanza, quale parametro che tuttora regge il vaglio del giudice, costituisca un tradimento della delega. A ben guardare, l'unica occasione in cui il legislatore delegante usa il concetto di rilevanza accostandolo specificamente al giudice è quella in cui afferma che «i difensori delle parti possano ottenere copia degli atti e trascrizione delle intercettazioni ritenute rilevanti dal giudice»³¹⁷. Troppo poco per un contrasto. Certo, resta l'impressione di uno scostamento dai principi di fondo della delega e l'irragionevolezza di un sistema così congegnato.

Ecco, allora, che si affaccia una terza via. Quella che porta a ritenere il vaglio del giudice, così come tuttora formulato in termini di non manifesta irrilevanza, non come momento volto ad allargare il collo dell'imbuto, ma piuttosto come controllo ulteriormente selettivo. In altri termini, ricevute le richieste delle parti con l'indicazione delle conversazioni dalle stesse valutate come rilevanti, il giudice può escludere, tra di esse, quelle che, a suo avviso, sono manifestamente irrilevanti. In sostanza un giudizio di manifesta irrilevanza su materiale comunque già selezionato

d'acquisizione dettata in relazione all'incidente cautelare sia informata al criterio della rilevanza come parametro acquisitivo (artt. 291 co. 1, 268 *ter* co. 6 Cpp e art. 92 comma 1 *bis* NAttCpp), su quest'ultimo tema v. *infra*, § 11.

³¹³ Si veda l'art. 1 co. 84 lett. a, nn. 1, 3, 4, e 5 l. 63/2017.

³¹⁴ *Parere* espresso dalla commissione giustizia Senato.

³¹⁵ *Relazione illustrativa*, cit., 17 s.

³¹⁶ Sulla genericità della legge delega, anche in punto di criteri selettivi, v. A. Cisterna, *Intercettazioni: i rischi di una delega troppo generica*, in *GD* 2017 (32), 65 e P. Dell'Anno, *Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n. 103 del 2017*, in *PPG* 2017, 1086, che parla addirittura di delega in bianco.

³¹⁷ Art. 1 co. 84, lett. a, n. 3 l. 63/2017.

in base alla rilevanza (in altri termini: cosa sia manifestamente irrilevante tra il rilevante). La lettura, probabilmente, risulta un po' forzata, ma sembra essere l'unica ispirata a canoni di ragionevolezza, a fronte di un testo normativo oggettivamente pasticciato.

Sullo sfondo, appare nitida la difficoltà di operare simili valutazioni, sia da parte della polizia giudiziaria e del pubblico ministero, chiamati ad effettuarle in una fase ancora prematura e fluida, sia da parte del giudice, che deve decidere senza avere un quadro completo delle indagini³¹⁸. Problemi, questi, in qualche modo connaturati a simili valutazioni, ma che risultano senza dubbio acuiti a fronte di criteri selettivi così problematici – anche in virtù del difficile coordinamento tra di essi – come quelli riportati nel decreto.

Da ultimo, la nuova legge non dimentica di porre attenzione ai casi in cui il momento acquisitivo dovesse giungere a maturazione con il progredire del procedimento. Due le finestre che si aprono per il possibile recupero del materiale intercettato dall'archivio riservato: in udienza preliminare (art. 422 co. 4 *bis* Cpp) e in dibattimento (art. 472 co. 1 Cpp, come interpolato nell'ultima parte).

Con riferimento alla fase dibattimentale – tra le cui pieghe l'acquisizione del materiale intercettato può trovare spazio in caso di rinnovazione di richieste non accolte, di richieste ulteriori o quando le ragioni della *rilevanza a fini di prova* emergono nel corso dell'istruzione – si pone il medesimo problema dell'interpretazione del parametro indicato³¹⁹.

Ancor più problematica la questione in sede di udienza preliminare, ove il recupero è consentito nei soli casi dell'art. 422 Cpp, ossia quando la conversazione da acquisire risulti evidentemente decisiva ai fini dell'emanazione della sentenza di non luogo a procedere. Con riferimento a tale scelta, appaiono del tutto condivisibili le critiche avanzate circa l'impiego di un criterio «ingiustificatamente restrittivo», che ha un senso rispetto allo svolgimento di autentiche attività probatorie in udienza preliminare, non certo riguardo alla mera acquisizione al fascicolo di atti di indagine già compiuti. In tale sede, il ripescaggio delle intercettazioni non acquisite ben avrebbe potuto essere ammesso alle stesse condizioni previste, ad esempio, per l'acquisizione di prove documentali o il deposito della documentazione di investigazioni difensive³²⁰.

11. Quando le intercettazioni vengono impiegate all'interno di un incidente cautelare, il quadro si fa ancor più incandescente, poiché nel novero dei valori da mantenere in equilibrio irrompono la necessità di garantire l'efficacia dell'intervento e il bene primario della libertà personale. L'esigenza di coniugare la tutela della *privacy*

³¹⁸ Così C. Conti, *op. cit.*, 82 s. e 89.

³¹⁹ Secondo F. Caprioli, *Osservazioni*, cit., 2 del dattiloscritto, il ripescaggio dibattimentale delle intercettazioni andrebbe valutato «alla luce del criterio della non manifesta irrilevanza (artt. 190 co. 1 e 495 co. 1 c.p.p.), benché nella norma di nuovo conio si faccia riferimento ancora una volta alla “*rilevanza a fini di prova*”».

³²⁰ Ancora F. Caprioli, nelle sue *Osservazioni*, con le quali aveva, infatti, suggerito alla commissione giustizia della Camera di farsi portavoce di una opportuna riscrittura dell'art. 422 co. 4 *bis* Cpp nei seguenti termini: «*Prima dell'inizio della discussione, i difensori delle parti possono chiedere al giudice l'acquisizione delle comunicazioni o conversazioni e dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche conservati nell'archivio riservato di cui all'art. 291 co. 1. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 268-ter e 268-quater*».

con questi due ulteriori elementi ha indotto il legislatore a prevedere un'apposita regolamentazione, che deroga al procedimento acquisitivo ordinario. Ne deriva una disciplina di difficile lettura già a livello grafico (poiché distribuita in più disposizioni collocate in contesti differenti), che pone molteplici incertezze sia al suo interno, che per la disagiata correlazione con la procedura ordinaria.

I profili meno problematici attengono al complesso degli accorgimenti introdotti per neutralizzare l'effetto amplificatore che l'incidente cautelare esercita riguardo ai risultati delle intercettazioni, di cui si fa improprio veicolo di diffusione. Il meccanismo perverso che si veniva ad innescare è noto: l'abitudine di trasfondere nelle ordinanze cautelari interi brani di conversazioni (più o meno rilevanti), a loro volta tratti dalle richieste del pubblico ministero, che, volendo risalire all'origine della disfunzione, attingevano, a loro volta, alle lunghissime informative della polizia giudiziaria; la pronta pubblicazione sui giornali del provvedimento cautelare o di suoi ampi stralci³²¹ e l'attenzione riversata sulle vicende giudiziarie, in special modo quando si traducano in interventi restrittivi della libertà personale (magari di personaggi eccellenti) alimentavano una cassa di risonanza senza tasto di spegnimento. Di qui la specifica indicazione della legge delega volta a garantire la riservatezza anche attraverso prescrizioni che incidano sulle modalità di utilizzazione cautelare dei risultati delle captazioni³²².

Il decreto delegato vi ha dato attuazione, innanzitutto, imponendo al pubblico ministero una selezione, sulla base della rilevanza, delle comunicazioni da porre sostegno della richiesta cautelare³²³ (art. 291 co. 1 Cpp ultima parte). La modifica è volta ad arginare il malcostume di riversare sul giudice per le indagini preliminari, spesso dandone evidenza nella stessa richiesta, l'intera mole delle conversazioni intercettate, senza distinzione alcuna. Un *modus operandi* che, complice il disattento controllo giudiziale, apriva ai colloqui irrilevanti un'autostrada per assurgere agli onori delle cronache. La riforma, intervenendo su questo delicato passaggio, responsabilizza entrambi i protagonisti della parentesi interinale, costringendo il pubblico ministero ad effettuare un vaglio a monte ed il giudice a compiere una verifica effettiva, il cui esito dovrà essere la restituzione al primo dei colloqui non rilevanti o inutilizzabili, per la conservazione nell'archivio riservato (art. 92 co. 1 *bis* NAttCpp)³²⁴.

La chiave di volta per il funzionamento del nuovo meccanismo sarà, come evidente, la valutazione in termini di rilevanza rimessa al pubblico ministero che attiva l'iniziativa cautelare. In assenza di ulteriori specificazioni da parte del legislatore – che, per vero, ha coniato una disciplina piuttosto scarna in *parte qua* – il parametro selettivo va riempito alla luce delle indicazioni della legge delega, che impone all'accusa di assicurare «la riservatezza anche degli atti contenenti registrazioni di conversazioni o comunicazioni informatiche o telematiche inutilizzabili a qualunque titolo ovvero contenenti dati sensibili ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera d), del codice di cui

³²¹ Sul punto vedi *infra*, in questo paragrafo.

³²² Art. 1 co. 84 lett. a l. 63/2017.

³²³ Accanto alla generale *facoltà* di selezionare gli atti da allegare alla richiesta cautelare, posta a tutela delle strategie investigative, si aggiunge l'*obbligo* di escludere le conversazioni irrilevanti, previsto, invece, a tutela della *privacy*.

³²⁴ La collocazione di questa regola tra le norme di attuazione appare piuttosto penalizzante, se consideriamo che, come vedremo, essa rappresenta il cuore del vaglio selettivo delle intercettazioni in fase cautelare.

al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, che non siano pertinenti all'accertamento delle responsabilità per i reati per cui si procede o per altri reati emersi nello stesso procedimento o nel corso delle indagini, ovvero irrilevanti ai fini delle indagini in quanto riguardanti esclusivamente fatti o circostanze ad esse estranei»³²⁵. Sembra, quindi, inevitabilmente destinato ad influire sulla scelta del pubblico ministero il vaglio preliminare ad opera della polizia giudiziaria³²⁶, con il suo corredo di problematiche³²⁷, che vengono importate anche in sede cautelare.

Sempre nell'ottica di spegnere i riflettori sull'incidente cautelare quale veicolo di conoscenza dei risultati delle intercettazioni, il legislatore ha dettato una sorta di raccomandazione per la redazione di richiesta ed ordinanza. Entrambe potranno riprodurre solo i «brani essenziali» dei colloqui intercettati e solo «quando necessario», con l'ulteriore precisazione che, per il provvedimento giudiziale, la necessità va parametrata all'esposizione delle esigenze cautelari e degli indizi (rispettivamente artt. 291 co. 1 *ter* e 292 co. 2 *quater* Cpp). L'indicazione, stando a quanto si legge nella relazione illustrativa, assume una portata più generale, che esula dal recinto delle cautele, per farsi «criterio orientativo» anche di ulteriori atti potenzialmente suscettibili di divenire mezzo di divulgazione del materiale intercettato, prime fra tutti le informative redatte dalla polizia giudiziaria³²⁸.

Al di là delle difficoltà pratiche nell'individuare i soli brani essenziali³²⁹ e del rischio di travisamento insito in tale operazione³³⁰, l'aspetto maggiormente preoccupante per la tenuta del sistema è l'assenza di sanzioni che censurino il mancato rispetto della regola. Nessuna conseguenza è prevista per il caso in cui gli attori del procedimento cautelare perseguano nella tendenza onnivora³³¹.

Le modifiche appena illustrate, nell'assetto ideato dal legislatore, dovrebbero correlarsi ad altre due innovazioni che concernono il regime del segreto che caratterizza i provvedimenti cautelari e la loro pubblicazione. Ma qualcosa non torna nella rete di collegamento tra le diverse disposizioni

Viene innanzitutto in rilievo l'interpolazione realizzata nell'art. 329 co. 1 Cpp, là dove il segreto investigativo viene esteso a ricomprendere «le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste». Evidentemente, si è inteso rimediare alla falla che tale disposizione creava nella cortina di segretezza, essendo limitata ai soli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria e lasciando fuori, quindi, richieste e provvedimenti che di tali atti potevano farsi vettore. Tuttavia, nella misura in cui la nuova disposizione si riferisce soprattutto alle istanze autorizzative delle intercettazioni ed ai relativi decreti, come specificato dallo stesso legislatore³³², la sua collocazione nell'ambito dell'art. 329 Cpp genera un dubbio sull'ampiezza del segreto sugli stessi. Ci si chiede, cioè, se per tali atti debba valere il regime proprio del segreto investigativo, destinato a venir meno con la messa a disposizione ai difensori, oppure

³²⁵ Art. 1 co. 84 lett. a, n. 1 l. 63/2017.

³²⁶ C. Conti, *op. cit.*, 87; C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 28.

³²⁷ V. *supra*, § 5.

³²⁸ *Relazione illustrativa*, cit., 6.

³²⁹ Segnalate da G. Pestelli, *op. cit.*, 183 s.

³³⁰ C. Parodi-N. Quaglino, *op. cit.*, 30 s.; G. Pestelli, *op. cit.*, 183 s.

³³¹ Il punto sarà oggetto di attenzione, in termini generali, nel paragrafo 13.

³³² *Relazione illustrativa*, cit., 7.

– più ragionevolmente – se operi il nuovo segreto a tutela della *privacy* di cui all'art. 268 *quater* co. 3 Cpp, esteso fino al provvedimento acquisitivo. Inoltre, continuano ad essere “scoperte” la richiesta di applicazione di una misura cautelare e l'ordinanza di accoglimento prima della sua esecuzione o notifica, posto che tali atti non rientrano nelle categorie innestate nell'art. 329 Cpp, non essendo rivolta, la prima, a compulsare un atto di indagine, che non può ritenersi l'ordinanza cautelare³³³.

Quanto, invece, alla pubblicazione dell'ordinanza, una volta eseguita o notificata, oggi risulta espressamente prevista dall'art. 114 co. 2 Cpp, come modificato dal decreto, che la sottrae al divieto di pubblicazione degli atti non più coperti da segreto fino alla conclusione delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare. In realtà, anche in questo caso, la scelta della *sedes* lascia piuttosto a desiderare, posto che tale norma è rivolta a preservare la purezza dell'orizzonte cognitivo del giudice, esigenza che, evidentemente, non può valere per l'ordinanza cautelare. Ma, soprattutto, si tratta di una esplicitazione in qualche misura superflua, poiché stiamo parlando di un atto, *ab origine*, non coperto dal segreto³³⁴. L'esplicitazione della sua pubblicabilità – tesa a soddisfare, nel bilanciamento degli interessi, anche la libertà di stampa ed il diritto all'informazione, dando attuazione al principio di delega in cui si ricorda di tener conto delle decisioni e dei principi adottati con le sentenze della Corte europea al riguardo³³⁵ – è correlata alla conversione del provvedimento cautelare in termini di sobrietà contenutistica³³⁶, che ne rende innocua la pubblicazione, in quanto depurato di colloqui irrilevanti. Tuttavia, considerato il dato di partenza, la modifica finisce per essere una concessione a buon mercato alle ragioni dell'informazione³³⁷.

Ma gli aspetti più delicati della disciplina coniata per la fase cautelare scaturiscono dalla speciale dinamica acquisitiva dei risultati delle intercettazioni. Partiamo da un presupposto ovvio: quando le intercettazioni vengono impiegate per fondare un'iniziativa cautelare, la procedura di acquisizione deve fare i conti con l'ineliminabile effetto sorpresa che caratterizza quel tipo di intervento, ragion per cui la previsione di una disciplina derogatoria, che non passasse attraverso il contraddittorio delle parti, si poneva come indispensabile. La deroga si sostanzia nel fatto che l'acquisizione dei colloqui utilizzati, nel corso delle indagini preliminari, per l'adozione di una misura cautelare viene affidata al pubblico ministero, che ne cura l'inserimento nel fascicolo (art. 268 *ter* co. 1 Cpp). Ciò presuppone che il giudice investito della richiesta cautelare abbia operato un vaglio sulla rilevanza e utilizzabilità delle comunicazioni: lo si desume dall'art. 92 co. 1 *bis* NAttCpp che, contestualmente alla trasmissione dell'ordinanza perché venga eseguita, dispone la restituzione all'organo dell'accusa, per la conservazione nell'archivio riservato, degli atti contenenti le conversazioni e comunicazioni intercettate ritenute dal giudice non rilevanti o inutilizzabili³³⁸. Volendo ricondurre ad unità la farraginoso disciplina: il pubblico

³³³ Sul punto, si vedano le osservazioni critiche di G. Giostra, *Nelle intercettazioni la falla dell'ordinanza cautelare*, in *Il Sole 24 Ore*, 29.12.2017, 25.

³³⁴ Per tutti, G. Giostra, *Processo penale e informazione*, II ed., Milano 1989, 337 s.

³³⁵ Art. 1 co. 84 lett. c. l. 63/2017.

³³⁶ Art. 292 co. 2 *quater* Cpp.

³³⁷ A meno di leggervi, come fa D. Stasio, *Intercettazioni, torna la norma contro “il mercato nero” della notizia*, in *QG*, 22.12.2017, un riconoscimento dell'accesso diretto dei giornalisti all'ordinanza di custodia cautelare.

³³⁸ La ricostruzione non è così immediata: oltre alla difficoltà di andare a cercare la fonte del vaglio

ministero seleziona i colloqui da porre alla base della richiesta cautelare (art. 291 co. 1 ultima parte); il giudice, contestualmente all'emissione dell'ordinanza, ne valuta il rilievo, escludendo i dialoghi non rilevanti e quelli inutilizzabili, che vengono rispediti all'archivio riservato (art. 92 co. 1 *bis* NAttCpp); le conversazioni utilizzate per l'adozione della misura vengono, invece, acquisite al fascicolo delle indagini ad opera del pubblico ministero (art. 268 *ter* co. 1 Cpp)³³⁹. In sostanza, il legislatore ha inteso sfruttare il «controllo selettivo che esercita il giudice della cautela»³⁴⁰, per innestarvi anche quello sulle intercettazioni, qualora esse compaiano tra il materiale a sostegno dell'iniziativa cautelare.

Il funzionamento del meccanismo appena descritto pone più d'una difficoltà interpretativa, già a partire dalla stranezza di un'acquisizione successiva all'effettivo impiego del materiale.

Innanzitutto, va chiarito l'ambito di applicazione della procedura derogatoria. Come correttamente osservato – sebbene l'infelice combinazione tra i due moduli, condensata nell'*incipit* dell'art. 268 *ter* co. 2 Cpp («Fuori dai casi di cui al comma 1»), indurrebbe a considerare residuale proprio la procedura ordinaria – l'unica lettura possibile è quella che circoscrive l'eccezione alle sole comunicazioni effettivamente usate a sostegno della misura; solo in relazione ad esse l'acquisizione ad opera del pubblico ministero, previo vaglio del giudice della cautela, assorbe ogni ulteriore decisione, mentre eventuali richieste aggiuntive rifluirebbero entro la procedura ordinaria³⁴¹. Il punto è oggetto di chiarimento anche da parte della relazione al decreto, che specifica la possibilità di integrare o modificare l'acquisizione operata in sede cautelare, sia da parte dell'accusa, che della difesa³⁴². Alla prima è, peraltro, riconosciuto un espresso potere di richiedere al giudice, entro le scansioni della procedura ordinaria, l'eliminazione dal fascicolo dei verbali e delle registrazioni acquisite nell'ambito dell'incidente cautelare, ma di cui ritenga sopravvenuta l'irrilevanza (art. 268 *ter* comma 6 Cpp). Dunque, in tal caso, il materiale compirebbe un bizzarro percorso: acquisito dopo l'effettivo impiego, viene poi escluso e rinviato all'archivio riservato, in un andirivieni che si fa fatica a seguire.

Ma è soprattutto sul terreno dei diritti difensivi che la procedura derogatoria non appare soddisfacente. Ferma restando l'impossibilità di procedere con un contraddittorio anticipato e preso atto dell'indicazione, proveniente dal legislatore, di sfruttare quello «cautelare»³⁴³, la via che la difesa deve seguire dopo l'applicazione della misura si presenta estremamente difficoltosa.

La condizione preliminare per poter operare è prevista dall'art. 293 co. 3 Cpp, che, per effetto dell'interpolazione realizzata con la riforma, riconosce espressamente al

giudiziale sulle intercettazioni poste a sostegno della richiesta cautelare in una disposizione delle norme di attuazione, esso non è nemmeno oggetto di un'attribuzione *expressis verbis* (giusta osservazione di D. Pretti, *op. cit.*, 205).

³³⁹ Oggetto di acquisizione saranno tutte le conversazioni non escluse dal giudice e non solo quelle riportate sotto forma di «brani essenziali» nell'ordinanza (opportuna precisazione di D. Pretti, *op. cit.*, 206, condivisa, sia pur in termini più dubitativi, da G. Pestelli, *op. cit.*, 185).

³⁴⁰ *Relazione illustrativa*, cit., 5.

³⁴¹ A. Camon, *Primi appunti*, cit., 18; nello stesso senso G. Amato, *In sede cautelare spetta all'accusa la scelta dei «brani»*, in *GD* 2018 (7), 53; G. Pestelli, *op. cit.*, 185; D. Pretti, *op. cit.*, 207.

³⁴² *Relazione illustrativa*, cit., 5.

³⁴³ *Relazione illustrativa*, cit., 5.

difensore il diritto di esame e di copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate, nonché la copia informatica delle relative registrazioni. Tale intervento recepisce l'insegnamento della Corte costituzionale, che, come noto, aveva dichiarato l'illegittimità dell'art. 268 Cpp nella parte in cui non prevedeva il diritto di accesso e trasposizione delle registrazioni delle conversazioni allegate alla richiesta cautelare, anche se non depositate³⁴⁴. L'esplicitazione inserita dal legislatore delegato sembra allargare l'ambito delle prerogative riconosciute alla difesa da parte del giudice delle leggi, nella misura in cui elimina ogni dubbio circa il diritto di ottenere la copia dei verbali, oggi espressamente riconosciuto, grazie al recepimento del parere formulato dalla commissione giustizia della Camera. Quanto alle registrazioni, un'analoga tendenza espansiva si potrebbe ravvisare ove il sintagma «in ogni caso», accostato al diritto di trasposizione, venga interpretato come superamento dell'onere di attivazione da parte della difesa per ottenere l'accesso ai supporti fonici³⁴⁵. Resta, però, da stabilire se dal nuovo assetto si possa implicitamente desumere un obbligo di allegazione dei supporti fonici alla richiesta cautelare. A fronte del diritto vivente, che consente al pubblico ministero di limitarsi a presentare i soli brogliacci di ascolto, le indicazioni provenienti dalla riforma non contribuiscono a fare chiarezza, poiché sia l'art. 291 Cpp nella sua nuova versione, sia l'art. 268 *ter* co. 1 fanno esclusivo riferimento ai "verbali" o, al massimo, agli "atti".

E però un obbligo in tal senso deve necessariamente assumere consistenza nel momento in cui l'incidente cautelare si erge a procedura acquisitiva del materiale intercettato, a meno di comprimere ingiustificatamente i diritti difensivi, polverizzando anche il contraddittorio posticipato. I difensori, infatti, per poter partecipare, sia pure *ex post*, alla fase di acquisizione, devono avere accesso da subito alle registrazioni utilizzate nel provvedimento cautelare e, quindi, successivamente acquisite dal pubblico ministero, senza doverle ricercare nell'archivio riservato oppure nelle stanze della polizia giudiziaria, ove l'iniziativa cautelare intervenisse prima della trasmissione del materiale.

Ciò non risolverebbe comunque tutti i problemi: se, infatti, la difesa, come sopra chiarito, potrà sfruttare la procedura ordinaria per chiedere l'acquisizione di ulteriori conversazioni rispetto a quelle impiegate, e conseguentemente acquisite, in sede cautelare (o per espungere taluna di esse), è molto difficile che riesca a fare lo stesso all'interno della stessa fase interinale. La composizione della piattaforma indiziaria assume un rilievo fondamentale per l'esercizio del diritto di difesa al cospetto di un provvedimento restrittivo della libertà. Qualora essa sia costituita prevalentemente dai risultati delle intercettazioni, la possibilità di allargarne i confini mediante inserimento di colloqui favorevoli alla difesa non trasmessi dal pubblico ministero³⁴⁶ dovrebbe

³⁴⁴ C. cost., 10.10.2008, n. 336, in *GCos* 2008, 3753, con nota di G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni*, cit. All'importante pronuncia, era seguita una sentenza delle Sezioni Unite (Cass. S.U., 22.04.2010 n. 20330, in *CP* 2011, 461), che aveva dettato una sorta di "regolamentazione pretoria" del diritto all'accesso, stabilito (ma non regolamentato nel dettaglio, appunto) dal giudice delle leggi, in particolare qualora la richiesta di accesso venisse formulata nell'ambito della procedura di riesame.

³⁴⁵ La Corte costituzionale, nella sentenza sopra citata (nota 344), aveva infatti subordinato il diritto di accesso alle registrazioni ad un'apposita istanza difensiva.

³⁴⁶ Il rischio che vengano lasciati fuori colloqui favorevoli alla difesa dovrebbe essere scongiurato dalla regola generale che impone al pubblico ministero di presentare, con la richiesta cautelare, tutti gli elementi a favore dell'imputato (art. 291 co. 1 Cpp). Sebbene essa non sia stata riprodotta nella parte

necessariamente passare per la messa a disposizione dell'intero materiale, onde consentirle di verificare se vi siano comunicazioni da valorizzare in sede di interrogatorio di garanzia, oppure attraverso una richiesta di revoca della misura o l'attivazione degli strumenti di impugnazione³⁴⁷. Resta, peraltro, da verificare se l'impugnazione del provvedimento interinale proposta al solo fine di escludere una conversazione – magari non tanto a fini cautelari, ma in vista del procedimento di merito – possa risultare sorretta dall'interesse ad impugnare³⁴⁸.

Ulteriore incertezza concerne i tempi entro i quali il pubblico ministero deve provvedere all'acquisizione ai sensi dell'art. 268 *ter* co. 1 (in assenza di qualsivoglia indicazione normativa al riguardo, l'adempimento potrebbe essere addirittura posticipato al termine delle indagini³⁴⁹), nonché sulle conseguenze di una radicale omissione³⁵⁰.

Sul piano pratico, bisognerà valutare se e come le difficoltà interpretative che il testo consegna all'interprete e agli operatori verranno superate.

Dal punto di vista sistematico, la previsione di una (indispensabile) procedura derogatoria, ritagliata sulle caratteristiche della fase cautelare, se da un lato dimostra la possibilità di un impiego delle intercettazioni precedente al provvedimento acquisitivo, dall'altra sembra confermare la regola dell'acquisizione quale momento imprescindibile per la spendibilità del materiale captato, al di fuori di eventuali utilizzi interinali e fatte salve le riserve espresse in precedenza³⁵¹.

12. Alla luce dell'analisi finora condotta, sembra evidente che la riforma delle intercettazioni messa a punto dal legislatore, pur iscrivendosi entro una logica di bilanciamento raccomandata dalla stessa delega, sia così proiettata verso la tutela della *privacy*, da connotarsi per talune forzature che scontentano, in diversa misura, gli ulteriori interessi in gioco: talvolta le esigenze di accertamento del reato, spesso le

interpolata della disposizione, si deve ritenere implicita la sua valenza anche con specifico riferimento ai risultati delle intercettazioni (sul punto v. C. Conti, *op. cit.*, 87). Resta, ovviamente, il problema del grado di effettività di tale obbligo e della incontrollabilità della sua osservanza (per questi temi si rinvia a G. Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di V. Grevi, Milano 1996, 110; G. Giostra, *Commento all'art. 8*, in AA.VV., *Modifiche al codice di procedura penale. Nuovi diritti della difesa e riforma della custodia cautelare*, Padova 1995, 154).

³⁴⁷ Questa l'interpretazione proposta da D. Pretti, *op. cit.*, 206, cit., il quale ritiene che i difensori devono avere accesso a tutte le foniae, mentre il diritto di copia va limitato alle sole comunicazioni utilizzate per l'emissione del titolo cautelare. *Contra* G. Amato, *In sede cautelare*, cit., 51, che intende il diritto di accesso come limitato alle intercettazioni utilizzate per la fase cautelare.

³⁴⁸ Acuta osservazione di A. Camon, *Primi appunti*, cit., 18 s.

³⁴⁹ L'odierno legislatore ha in qualche modo invertito i termini del rapporto tra deposito del materiale intercettato e suo impiego a fini cautelari, fissando il provvedimento acquisitivo successivamente all'effettiva utilizzazione. Si consideri che nel progetto preliminare del codice del 1988, si negava la possibilità del deposito posticipato qualora le intercettazioni venissero utilizzate per il compimento di singoli atti di indagine. Ove questa norma fosse passata, non si sarebbe posto il problema che ha poi condotto alla pronuncia di incostituzionalità dell'art. 268 Cpp (per queste considerazioni di ampio respiro G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni*, cit., 3764).

³⁵⁰ Tali aspetti sono messi in luce da D. Pretti, *op. cit.*, 208 s. Sul tema dell'assenza di un apparato sanzionatorio si rinvia al paragrafo conclusivo.

³⁵¹ V. *supra*, § 9.

prerogative difensive, per certi versi anche il diritto di cronaca³⁵². Se si condivide questa rappresentazione, apparirà lampante come sulla nuova disciplina aleggi un convitato di pietra: il terzo estraneo al processo, vale a dire proprio il titolare delle istanze di riservatezza da garantire. Non v'è traccia alcuna, nella legge, di un suo intervento. È stata imbastita una sofisticata costruzione a sua tutela, senza fornirgli la chiave di accesso.

Sul punto bisogna intendersi: la riservatezza che il legislatore ha inteso presidiare, giova ribadirlo, non è soltanto quella dei terzi estranei al processo; anche l'imputato «il quale non ha ovviamente diritto alla *privacy* sulle comunicazioni riguardanti fatti rilevanti per l'accertamento del reato», lo conserva, tuttavia, «quanto alle notizie non rilevanti»³⁵³. Non solo i “terzi”, dunque, ma anche le «notizie terze” rispetto a quelle processualmente pertinenti»³⁵⁴ devono costituire oggetto di tutela. Il punto, peraltro, non sfugge al legislatore, che, nel dettare il primo parametro di rilevanza – quello funzionale alla trascrizione nei brogliacci – lo declina sia con riferimento all’ “oggetto” che ai “soggetti coinvolti”³⁵⁵, in adesione al criterio direttivo di delega che imponeva di avere «speciale riguardo alla tutela della riservatezza [...] delle persone occasionalmente coinvolte nel procedimento, e delle conversazioni comunque non rilevanti a fini di giustizia penale»³⁵⁶.

Altrettanto ovvio, però, che mentre l'imputato, prendendo parte al procedimento, può far valere le proprie istanze³⁵⁷ attraverso il difensore, nelle sedi opportune della dinamica acquisitiva³⁵⁸ e, successivamente, entro gli spazi consentiti dall'istituto della distruzione, la stessa possibilità è preclusa al terzo estraneo, per la semplice ragione del difetto di conoscenza che gli è connaturato. Il terzo, naturalmente³⁵⁹, non viene informato dell'avvenuta captazione, anzi «più è estraneo all'indagine più è probabile che venga a conoscenza dell'intercettazione di proprie conversazioni troppo tardi,

³⁵² Sui primi due aspetti si è già detto nei paragrafi precedenti, sull'ultimo si veda, per un accenno, *infra*, § 13.

³⁵³ Lo ribadisce, con consueta chiarezza, G. Illuminati, in uno dei suoi ultimi scritti sul tema: *La tutela della segretezza delle comunicazioni*, cit., 108.

³⁵⁴ G. Giostra, *Intervento*, cit., 402.

³⁵⁵ Art. 268 co. 2 *bis* Cpp. Più dettagliati taluni progetti di riforma precedenti, come il d.d.l. Flick che – con esplicitazione ritenuta «né utile né opportuna» (così C. Cesari, *op. cit.*, 1282, nota 10) – definiva «prive di rilevanza» le conversazioni «riguardanti persone, fatti o circostanze estranei alle indagini» (art. 4).

³⁵⁶ Art. 1 co. 84 lett. a l. 63/2017.

³⁵⁷ Tenendo conto del peculiare conflitto di interessi, tutto interno, che potrebbe determinarsi tra tutela della sua riservatezza ed esigenze difensive, già segnalato *supra*, nota 190.

³⁵⁸ Si pone, semmai, un problema di tutela della persona offesa, la cui partecipazione alla fase selettiva non è affatto scontata. Secondo D. Pretti, *op. cit.*, p. 199 s., l'indistinto riferimento ai “difensori” nell'ambito degli artt. 268 *ter* co. 2 (avviso di deposito della richiesta acquisitiva del pubblico ministero) e 268 *quater* co. 2 (in tema di udienza eventuale) depone senz'altro per il coinvolgimento di tale soggetto. Tuttavia, la prima delle norme prodromiche all'instaurazione del contraddittorio, l'art. 268 *bis* co. 2, dispone che l'avviso di deposito degli atti vada inviato ai difensori delle “parti” e, dunque, sembrerebbe questa la regola, se non altro per un ordine logico, che seleziona a monte i destinatari degli avvisi. Pertanto, ove la persona offesa non fosse ricompresa nel novero di tali soggetti, anche per lei si porrebbe, almeno nella fase delle indagini, un problema di come far valere il suo diritto alla riservatezza.

³⁵⁹ V., però, *infra*, in questo paragrafo.

spesso proprio a seguito della loro pubblicazione»³⁶⁰, quando la situazione sarebbe ormai irrimediabile.

Senza poterci addentrare, in questa sede, all'interno di un tema dalle molte sfaccettature, ma limitandoci alle implicazioni strettamente processuali, si può ricordare che, nel lunghissimo corso del cammino riformatore, una soluzione era stata individuata con l'inedito istituto dell'"avviso a persone non indagate". Lo proponeva il d.d.l. Mastella³⁶¹ attraverso l'introduzione di un art. 268 *sexies* Cpp, così formulato: «Dopo la chiusura delle indagini preliminari il pubblico ministero dà avviso in piego chiuso ai soggetti titolari delle utenze in ordine alle quali è stata disposta intercettazione delle comunicazioni telefoniche o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, diversi da quelli nei confronti dei quali si procede e che non risultino indagati in procedimenti connessi o collegati, dell'avvenuta intercettazione»; il contenuto di tale avviso comprendeva «la mera notizia dell'avvenuta intercettazione, la durata e il numero della utenza intercettata, nonché l'indicazione della facoltà di chiedere la distruzione anticipata delle registrazioni ai sensi dell'articolo 269, co. 2»; infine, erano opportunamente eccettuate alcune ipotesi, concernenti i reati di particolare gravità³⁶², i casi di utilizzo delle utenze intestate a terzi da parte di persone indagate e quelli di acquisizione al procedimento delle conversazioni intercettate su quelle utenze³⁶³.

L'attuale riforma, malgrado la sua spiccata vocazione a tutela della *privacy*, non ripropone quella, né altre soluzioni tese ad introdurre una tutela diretta dei terzi coinvolti nelle intercettazioni. Probabilmente, si è ritenuto adeguato approntare garanzie azionabili dai soggetti processuali. Se così è, però, lascia piuttosto perplessi il fatto che, come prontamente sottolineato dai primi commentatori³⁶⁴, la protezione di tali soggetti finisca per essere affidata al pubblico ministero³⁶⁵ ed, in realtà, alla polizia giudiziaria, su cui grava di fatto il filtro iniziale (in qualche modo coinvolgente anche i dati sensibili, ove si condivide la ricostruzione accolta nel testo)³⁶⁶.

L'approccio della riforma in ordine a questo specifico aspetto è condiviso da chi ritiene che la tutela del diritto alla riservatezza possa essere attuata solo «"di risulta"» rispetto agli interessi probatori rimessi alle valutazioni di ciascuna parte ed alle considerazioni del giudice, nell'ambito di un «momento dialettico» all'interno del quale «i terzi non paiono legittimi contraddittori»³⁶⁷.

Si tratta di una visione da condividere. Il processo deve apprestare una tutela preventiva alla lesione di quegli interessi che restano fuori dal suo recinto ma che, al contempo, proprio a causa del processo risultano esposti a rischio. Con riferimento

³⁶⁰ G. Giostra, *Intercettazioni fra indagini e privacy. Primo, evitare soluzioni improvvisate*, in *DEG* 2006 (31), 99.

³⁶¹ Più volte ricordato in questo scritto, anche perché l'attuale riforma trae ispirazione in buona parte da quel progetto, così G. Illuminati, *Un nuovo tassello*, cit., 11.

³⁶² Quelli previsti dagli artt. 51, co. 3 *bis* e 3 *quater* e 407, co. 2 lett. a Cpp, nonché i reati di cui agli articoli 600 *ter* e 600 *quinquies* Cp.

³⁶³ V. art. 4 d.d.l. Mastella.

³⁶⁴ In questi termini F. Caprioli, *Intervento*, cit. e C. Conti, *op. cit.*, 92.

³⁶⁵ Già eletto a «paladino della *privacy*» dalle circolari delle Procure secondo A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 650.

³⁶⁶ V. *supra*, § 5.

³⁶⁷ C. Conti, *op. cit.*, 92 s.

alle intercettazioni, tale scopo può essere raggiunto solo elevando «apposite barriere all'uscita di informazioni [...] potenzialmente lesive dei diritti della personalità»³⁶⁸. Là dove, invece, gli interessi esterni, pur meritevoli di tutela, facessero irruzione all'interno delle dinamiche processuali, il rischio di creare scompensi sarebbe molto elevato. Prendendo ancora in prestito le parole di autorevole dottrina: la protezione della riservatezza, come anche della libertà di stampa (altro interesse esterno al processo), sono «sacrosanti, ma restano pur sempre esterni al conseguimento del fine primario: la realizzazione di un processo giusto che assolva gli innocenti e condanni i colpevoli»³⁶⁹.

Pur non dubitando della correttezza di tali premesse, bisogna però ammettere che, nel caso di specie, probabilmente è avvenuto l'esatto contrario: per cercare di tutelare dall'interno (anche) le ragioni dei terzi, si è dato vita ad una disciplina che crea scompensi per le parti. L'esempio lampante è dato proprio da quella preselezione a monte da parte della polizia giudiziaria che è stata pensata quale decisivo antidoto contro la fuga di notizie. Come si è tentato di dimostrare nelle riflessioni precedenti³⁷⁰, se da una parte, il congegno comprime eccessivamente i diritti difensivi e complica il lavoro del pubblico ministero, rischiando di comprometterne l'efficienza³⁷¹, dall'altra, non sembra centrare l'obiettivo di una maggior tutela della *privacy*, perché, oltre alle ragioni tecniche già esposte, il filtro resta affidato a soggetti «scarsamente motivati a garantire la riservatezza» di terzi estranei al processo³⁷².

Ed allora, se questo è il quadro al netto di tutte le variabili, viene da chiedersi se non sarebbe stato più opportuno, oltre che più efficace, enucleare una forma di tutela diretta dei terzi.

In quest'ottica, le soluzioni prospettabili sono diverse: è chiaro che l'*optimum*, dal punto di vista dei terzi, sarebbe consentirne la partecipazione già nella fase selettiva, magari attraverso una figura istituzionalmente preposta alla tutela della *privacy*, che si faccia portavoce delle loro istanze, senza che ci si debba affidare all'intermediazione di altri soggetti (le parti processuali), evidentemente non idonei allo scopo. La soluzione sembra però eccessiva al cospetto delle esigenze interne al processo, che devono ritenersi prevalenti.

Bisogna allora necessariamente spostarsi su una forma di tutela sì diretta, ma successiva: funzionale, cioè, a rendere concreta per i terzi la possibilità di sfruttare il meccanismo di distruzione di cui all'art. 269 Cpp. Occorre subito specificare che, nel nuovo sistema, questa non sarebbe una garanzia vuota. Se, infatti, i filtri di rilevanza operano correttamente, dovrebbe essere scongiurato il rischio che i terzi vengano a conoscenza attraverso i giornali di conversazioni delle quali avrebbero di certo chiesto la distruzione, ove fossero stati messi nelle condizioni per poterlo fare. In altri termini, se la diga a monte funziona, i colloqui riguardanti terzi estranei ai fatti oggetto di accertamento nel processo non escono dall'archivio riservato e in quella sede li si rinviene per mandarli al macero. Perché gli interessati possano chiederne la

³⁶⁸ Efficacemente G.P. Voena, *op. cit.*, 1225.

³⁶⁹ G.P. Voena, *loc. ult. cit.*

³⁷⁰ V. *supra*, § 5.

³⁷¹ Perlomeno ove il controllo di cui all'art. 268 co. 2 *ter* Cpp venga espletato con rigore.

³⁷² G.P. Voena, *loc. ult. cit.* Negli stessi termini già G. Illuminati, *Intervento*, cit., 1220, che evidenziava il disinteresse della difesa rispetto allo stralcio quando le conversazioni irrilevanti riguardano terze persone.

distruzione, però, occorre che essi innanzitutto sappiano dell'esistenza di loro colloqui intercettati, e, in seconda battuta, che siano consapevoli del diritto ad ottenerne la distruzione. Di qui l'imprescindibilità di un veicolo di conoscenza.

In quest'ottica, se il meccanismo proposto in passato dal d.d.l. Mastella, con i suoi connotati di obbligatorietà, appare difficilmente praticabile³⁷³, una soluzione di compromesso sembra essere offerta, o forse dovremmo dire imposta, dal decreto legislativo in corso di approvazione per l'attuazione della Direttiva 2016/680/UE, concernente il trattamento dei dati personali a fini di giustizia penale³⁷⁴.

Per ciò che rileva ai nostri fini, l'art. 18 della Direttiva prevede che gli Stati membri possano disporre, conformemente al loro diritto interno, le modalità di esercizio dei «diritti alla informazione, all'accesso, alla rettifica e alla cancellazione dei dati personali» da parte degli interessati, «qualora [questi ultimi] figurino in una decisione giudiziaria, in un casellario o in un fascicolo giudiziario oggetto di trattamento nel corso di un'indagine e di un procedimento penale». Se ne desume che la disciplina dell'esercizio di tali diritti potrà essere contenuta nel codice di procedura penale³⁷⁵ e che gli Stati membri conservino un margine di autonomia nella sua definizione³⁷⁶.

In attuazione della Direttiva, lo schema di decreto legislativo in corso di approvazione³⁷⁷ prevede, all'art. 11, il diritto dell'interessato ad ottenere la conferma dell'esistenza di un trattamento in corso di dati personali che lo riguardano e l'accesso ai dati stessi, nonché alle relative informazioni³⁷⁸. Quando i dati personali siano

³⁷³ All'epoca della sua apparizione, ne erano stati evidenziati i limiti, derivanti soprattutto dall'ineffettività del criterio dell'intestazione dell'utenza per selezionare i destinatari dell'avviso, che lascia fuori i meri interlocutori delle conversazioni (G. Illuminati, *Intervento*, cit., 1222) e, per converso, dall'impossibilità di rincorrere tutti i singoli soggetti terzi che intervengano in un colloquio (P. Profiti, *op. cit.*, il quale sottolineava, altresì, il rischio che tale sistema potesse determinare una «amplificata conoscenza» dell'avvenuta intercettazione).

³⁷⁴ Direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, e repressione dei reati, indagine, accertamento e perseguimento di reati o di esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio.

³⁷⁵ V. il *considerando* 107 («la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la facoltà degli Stati membri di dare attuazione all'esercizio dei diritti dell'interessato in materia di informazione, accesso, rettifica o cancellazione di dati personali e limitazione del trattamento nel corso di un procedimento penale, e alle eventuali limitazioni di tali diritti, nelle norme nazionali di procedura penale») e il *considerando* 20 («la presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di specificare le operazioni e le procedure di trattamento nelle norme nazionali di procedura penale relativamente al trattamento dei dati personali effettuato da autorità giurisdizionali e da altre autorità giudiziarie, in particolare per quanto riguarda dati personali contenuti in una decisione giudiziaria o in documentazione relativa a procedimenti penali»).

³⁷⁶ V. il *considerando* 49 («se i dati personali sono trattati nel corso di un'indagine penale e di un procedimento giudiziario penale, gli Stati membri dovrebbero poter prevedere che i diritti di informazione, accesso, rettifica o cancellazione di dati personali e limitazione di trattamento siano esercitati conformemente alle norme nazionali sui procedimenti giudiziari»).

³⁷⁷ Schema di d.lgs. n. 517/2018, consultabile sul sito del Governo: www.governo.it.

³⁷⁸ Precisamente: a) le finalità e il titolo giuridico del trattamento; b) le categorie di dati personali trattati; c) i destinatari o le categorie di destinatari a cui i dati personali sono stati comunicati; d) il periodo di conservazione dei dati personali o i criteri per determinare tale periodo; e) il diritto di chiedere al titolare del trattamento la rettifica o la cancellazione dei dati personali o la limitazione del

contenuti «in una decisione giudiziaria, in atti o documenti oggetto di trattamento nel corso di accertamenti o indagini, nel casellario giudiziale o in un fascicolo oggetto di trattamento nel corso di un procedimento penale o in fase di esecuzione penale», il diritto all'accesso è esercitato conformemente a quanto previsto dalle disposizioni di legge o di regolamento che disciplinano tali atti e procedimenti (art. 14 co. 1).

Ciò posto, tra i “dati personali in corso di trattamento nell’ambito di un processo penale”, possono senza dubbio rientrare anche quelli contenuti in un’intercettazione telefonica, rispetto ai quali il titolare del trattamento cui rivolgersi per ottenere l’accesso non può che essere il pubblico ministero. Ed allora, per dare attuazione a questa normativa³⁷⁹, il rimando alle leggi interne, con riferimento alle intercettazioni, potrebbe essere concretizzato attraverso la previsione di un onere informativo non già gravante sul pubblico ministero, come era nel d.d.l. Mastella, bensì subordinato all’iniziativa dei terzi interessati. In sostanza, si dovrebbe riconoscere al terzo il diritto di chiedere conferma dell’esistenza di intercettazioni che lo coinvolgono e, in caso di risposta affermativa, di ottenere la possibilità di ascolto delle registrazioni, al fine ultimo di attivare la procedura di distruzione di cui all’art. 269 Cpp.

Una soluzione di questo tipo rivitalizzerebbe l’operatività dell’istituto della distruzione (testualmente rivolto agli «interessati»), nel contesto di una disciplina che, pur calibrata sul potenziamento della *privacy*, vede nell’assenza di una forma di intervento dei terzi una sensibile lacuna. Al contempo, essa consentirebbe di dare corretta attuazione alla disciplina in via di approvazione per adeguarsi ai dettami sovranazionali, in modo conforme agli standard europei di tutela della riservatezza, che ne rappresentano il baluardo.

13. Per tentare di trarre qualche considerazione conclusiva dall’indagine condotta, dopo aver analizzato “ciò che la legge dice”, cercando di coglierne pregi e difetti, appare indispensabile guardare anche a “ciò che la legge, invece, non dice” e che, forse, avrebbe dovuto dire.

Il primo aspetto che si segnala in quest’ottica, non è una carenza, ma una scelta di campo. Si è già evidenziato, nel corso di questo studio, come l’attuale riforma abbia deciso di intervenire solo a “microfoni spenti”³⁸⁰ e – nell’abbozzare una critica nei confronti di un simile approccio – non si è mancato di riportare, da una parte, le voci apertamente contrarie ad un irrigidimento dei requisiti applicativi delle intercettazioni³⁸¹ e, dall’altra, i limiti ad esso connaturati, derivanti dall’impossibilità di neutralizzare l’ascolto di conversazioni irrilevanti, nonché dalla difficoltà di intervenire in tal senso.

L’esame dei risultati della riforma, però, ha rafforzato, in chi scrive, la convinzione che, pur rimanendo decisiva, per la salvaguardia della riservatezza, la partita che si gioca sul campo della selezione di quanto già captato, tuttavia appare imprescindibile anche una razionalizzazione dell’impiego del mezzo che di quel valore rappresenta la

trattamento dei dati personali che lo riguardano; f) il diritto di proporre reclamo all’autorità di controllo al Garante, e con i relativi dati di contatto di detta autorità; g) la comunicazione dei dati personali oggetto del trattamento e di tutte le informazioni disponibili sulla loro origine.

³⁷⁹ L’attuazione della Direttiva deve essere eseguita entro il 5 maggio 2018.

³⁸⁰ V. *supra*, § 4.

³⁸¹ V. *supra*, nota 110.

principale insidia. In particolare, gli evidenziati squilibri che la nuova legge determina a svantaggio della difesa confermano la fallacia di un approccio che trascura il «rapporto di priorità tra tutela della segretezza e tutela della riservatezza», dimenticando che «imputabili alla prassi o alla legislazione, gli “eccessi” riguardano l’attività intercettiva, dunque la sfera delle limitazioni alla segretezza delle quali è solo un epifenomeno l’offesa alla riservatezza»³⁸².

Se si condividono queste premesse, ci si avvede che la praticabilità di un intervento sui presupposti applicativi non è poi così remota. Tra le proposte avanzate nel corso degli anni (il panorama è ampio e, senza pretesa di esaustività, va dalla previsione di gravi indizi non di reato ma di colpevolezza³⁸³ al rafforzamento degli *standard* motivazionali³⁸⁴)³⁸⁵, merita attenzione quella sostenuta da una parte della dottrina³⁸⁶ e di cui si rinviene traccia anche lungo le tappe del cammino riformatore³⁸⁷. In sintesi, scartata la possibilità di subordinare le intercettazioni alla sussistenza di gravi indizi già orientati verso un determinato soggetto, la cui individuazione rientra tra i fini a cui è funzionale il mezzo captativo, la tesi è quella di rendere indispensabile la preesistenza non solo di un solido compendio indiziario in ordine ad un dato reato, ma anche di un collegamento tra lo stesso e le utenze da intercettare. Così si potrebbe evitare l’odioso

³⁸² P. Ferrua, *Due temi da distinguere*, p. 486; si iscrivono entro la medesima logica di priorità A. Camon, *Il diritto alla privacy*, cit., 2017, p. 640; F. Caprioli, *Brevi note sul progetto Gratteri di riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *CP* 2016, 3982 ss.; M.L. Di Bitonto, *op. cit.*, 14 s.; G. Spangher, *Linee guida*, cit., 1209.

³⁸³ In questo senso, il d.d.l. presentato al Senato il 29.09.2005 (cfr. Senato della Repubblica, XIV legislatura, *Disegni di legge e relazioni*, doc. n. 3612); la proposta di legge presentata alla Camera il 3.8.2006 (cfr. Camera dei deputati, XV Legislatura, *Disegni di legge e relazioni*, doc. n. 1587) ed anche una prima versione del d.d.l. Alfano, quella presentata alla Camera il 30.6.2008, nel testo approvato in sede referente dalla Commissione Giustizia della Camera (*ivi*, doc. n. 1415-206-406-1510-1555-1977-A). La soluzione appare piuttosto isolata in dottrina: si vedano P. Balducci, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Giuffrè, 2002, 44 e 102; L. Filippi, *L’intercettazione di comunicazioni*, cit., 53.

³⁸⁴ In questo senso, il d.d.l. Mastella.

³⁸⁵ Si deve, peraltro, dare conto anche di una discutibile proposta di segno contrario, tesa ad ampliare l’uso delle intercettazioni, attraverso la generalizzazione dei più blandi requisiti previsti per i reati di criminalità organizzata e per i reati di minaccia con il mezzo del telefono. In sintesi, il progetto prevedeva, quali presupposti, la presenza di meri indizi di reato e la necessità (non aggettivata) ai fini della prosecuzione delle indagini; la durata delle operazioni veniva estesa da quindici a quaranta giorni, con proroghe di venti; l’intercettazione ambientale nel domicilio veniva svincolata dal *fumus perdurantis criminis*. Come contrappesi erano inseriti il divieto di riprodurre il testo integrale delle intercettazioni non rilevanti nei provvedimenti diversi dalle sentenze, nonché una nuova fattispecie di reato denominata “pubblicazione arbitraria di intercettazioni” (art. 595 *bis* Cp). Si tratta del c.d. progetto Gratteri, presentato dalla *Commissione per l’elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata* nominata con d.p.c.m. 30 maggio 2014 e presieduta dal dott. Nicola Gratteri. Su tale proposta si v. le considerazioni decisamente e condivisibilmente critiche di F. Caprioli, *Brevi note sul progetto Gratteri*, cit.

³⁸⁶ Per tutti, v. V. Grevi, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche intercettate» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *CP* 2009, 334; G. Illuminati, già nei suoi scritti più risalenti sulle intercettazioni e, di recente, in *La tutela della segretezza*, cit., 100 s.

³⁸⁷ Cfr. § 14 della Relazione alla «Bozza di delega legislativa al Governo della Repubblica per l’emanazione del nuovo codice di procedura penale» (elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Riccio, luglio 2007).

fenomeno delle c.d. “intercettazioni esplorative”, peraltro candidamente denunciato anche da alcuni rappresentanti della magistratura, attraverso l’efficace immagine delle «intercettazioni che si protraggono e proliferano alla ricerca di qualcosa di indefinito»³⁸⁸.

V’è da dire che un simile approdo è già stato raggiunto dalla giurisprudenza più rigorosa³⁸⁹, secondo la quale il legame tra l’ipotesi di reato e i soggetti da intercettare è da ritenersi sotteso al requisito dell’assoluta indispensabilità di cui all’art. 267 co. 1 Cpp³⁹⁰, in sintonia con la logica dell’*extrema ratio* che dovrebbe caratterizzare lo strumento investigativo. Tuttavia, la cristallizzazione di questo indirizzo nel tessuto normativo, che imponga al giudice di esplicitare siffatto raccordo nei decreti autorizzativi, avrebbe giovato al radicarsi di un doveroso approccio di rigore³⁹¹. Si potrebbe replicare che l’irrobustimento degli obblighi motivazionali lasci il tempo che trovi, poiché gli stessi sono soggetti a facili manovre elusive. Eppure, l’innesto sopra suggerito, per il grado di dettaglio che lo contraddistingue³⁹², avrebbe di certo messo un freno alle “autorizzazioni in bianco” concesse nella prassi, i cui prodotti, a fronte della modifica di segno restrittivo, sarebbero senza dubbio andati incontro alla scure dell’inutilizzabilità.

La scelta di non intervenire sui presupposti applicativi, peraltro, si rivela particolarmente discutibile proprio alla luce dell’approccio metodologico della riforma. Se, come risulta ormai palese, le radicali modifiche della procedura acquisitiva sono state ispirate anche (se non prevalentemente) dalla necessità di reagire alle dinamiche abrogatrici dell’udienza stralcio, viene da chiedersi perché in materia di presupposti *ex art.* 267 co. 1 Cpp non si sia potuto operare in senso inverso, cioè traducendo in legge gli approdi della giurisprudenza più virtuosa.

Infine, s’affaccia un timore. A fronte del silenzio riservato al piano dei requisiti applicativi e, per contro, del rimodellamento *ab imis* della fase acquisitiva, bisogna augurarsi che, quantomeno, la riforma non abbia un effetto *boomerang*, inducendo ad un uso ancor più disinvolto delle intercettazioni in nome delle garanzie offerte dall’azione “ripulitrice” della nuova e più rigorosa procedura selettiva. In questa deprecabile ipotesi, le evidenziate smagliature della trama normativa diverrebbero ancor più preoccupanti.

³⁸⁸ P. Profiti, *op. cit.*, 1217, il quale, ancor più esplicitamente, ammette che «talvolta con le intercettazioni si cercano indizi per costruire una gravità indiziaria che inizialmente è tale solo in quanto non vi sono, nel senso che non sono ancora stati acquisiti, elementi di segno contrario» (1216).

³⁸⁹ Si veda, in particolare, Cass. 12.2.2009 n. 12722, in *CEDCass*, m. 243241 (pronuncia ritenuta particolarmente significativa proprio perché inaugura una linea di rigore nell’interpretazione dei presupposti applicativi delle intercettazioni), poi seguita da Cass 17.11.2016 n. 1407, *ivi*, m. 268900. Peraltro, indicazioni in senso rigorista circa l’apparato motivazionale del provvedimento autorizzativo, con particolare riferimento alla fondatezza dell’ipotesi accusatoria, si possono far risalire già alla fondamentale e nota pronuncia della Corte costituzionale n. 34 del 1973.

³⁹⁰ G. Illuminati, *La tutela della segretezza delle comunicazioni*, cit., p. 110 e, nello stesso senso, E. Marzaduri, *Relazione*, in AA.VV., *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni*, cit. 260.

³⁹¹ Si consideri che, prima di tali approdi, la giurisprudenza era orientata in senso tutt’altro che restrittivo in ordine all’interpretazione dell’art. 267 co. 1 Cpp.

³⁹² Una specificazione di questo tenore appare di certo più efficace della soluzione contenuta nel d.d.l Mastella, volta ad inserire nell’art. 267 co. 1 Cpp una «autonoma valutazione» sulla sussistenza dei gravi indizi di reato e dell’indispensabilità ai fini delle indagini quale requisito della motivazione, a pena di inutilizzabilità dei relativi risultati.

Se quella appena vista è una scelta che incide sul piano della tutela della segretezza e, a cascata, della riservatezza, ve n'è un'altra che batte su ulteriore valore in gioco (il diritto all'informazione) e che, ove sposata, avrebbe potuto rendere più bilanciato il sistema. Si allude alla tesi, da sempre portata avanti dal più autorevole studioso della materia, che suggerisce di rendere pienamente divulgabili e, quindi non solo pubblicabili nel contenuto, le conversazioni processualmente significative sulle quali sia venuto meno il segreto³⁹³. Una teoria che, evidentemente, acquisisce maggior vigore alla luce della riforma odierna. L'Autore ipotizza anche un sistema che renda accessibili le conversazioni non più segrete ad ogni giornalista, così da evitare «quell'opaco reticolo di non disinteressate compiacenze tra operatori della giustizia e operatori dell'informazione, che finisce per lasciare nelle mani del controllato la gestione delle notizie in base alle quali la collettività esercita il controllo»³⁹⁴. In tal modo anche il diritto all'informazione troverebbe la sua giusta tutela, peraltro in conformità alle indicazioni della legge delega, senza che risulti sacrificata quella degli altri interessi in conflitto.

Se i due aspetti appena considerati, per quanto discutibili, sono frutto di una scelta ponderata del legislatore, una vera e propria carenza, invece, già da più parti evidenziata, è rinvenibile nella mancanza di un apparato sanzionatorio a sostegno delle nuove regole.

A ben guardare, nessuna di esse è accompagnata da una conseguenza in caso di inosservanza. Non lo è il divieto di trascrizione delle conversazioni irrilevanti³⁹⁵; non lo è il mancato rispetto dei termini stabiliti per i singoli adempimenti della procedura acquisitiva: trasmissione, deposito, presentazione delle richieste e decisione del giudice. Né il testo dell'art. 271 Cpp è stato integrato di conseguenza³⁹⁶.

Alcune di queste carenze sono agevolmente colmabili ricorrendo al dato sistematico.

L'omesso deposito del materiale entro i cinque giorni prescritti dall'art. 268 *bis* co. 1, per esempio, è senz'altro qualificabile come nullità generale di ordine intermedio, incidendo pesantemente sulle prerogative difensive³⁹⁷.

Già più complesso individuare una sanzione per l'intempestiva attivazione, dopo il deposito, della procedura acquisitiva (art. 268 *ter* co. 2 Cpp), sebbene nemmeno in tal caso manchino indici sistematici per una ricostruzione rigorosa. Appare, ad esempio, condivisibile la tesi, elaborata rispetto al vecchio regime, che ipotizzava un divieto

³⁹³ G. Giostra, *Intervento*, cit., 401 (solo per citare uno degli scritti nei quali riporta la tesi). L'A. suggerisce anche di mettere a disposizione dei giornalisti i colloqui non più coperti da segreto.

³⁹⁴ G. Giostra, *Intercettazioni, il punto di equilibrio è l'interesse pubblico*, in *Il Sole 24 Ore*, 9.9.2017, 15.

³⁹⁵ Si osserva come, invece, l'omessa o intempestiva stesura dell'annotazione, stante la collocazione dell'adempimento nell'art. 267 Cpp, richiamato dall'art. 271 Cpp, dovrebbe determinare una inutilizzabilità, conseguenza del tutto asimmetrica rispetto alla mera irregolarità che continuerà a caratterizzare il brogliaccio, secondo l'orientamento giurisprudenziale (così A. Camon, *Formazione, distruzione*, cit., 77 s.).

³⁹⁶ Lo fa notare N. Galantini, *Profili di inutilizzabilità delle nuove intercettazioni anche alla luce della nuova disciplina*, in www.penalecontemporaneo.it, 16.3.2018, leggendovi un atteggiamento di marginalizzazione del rispetto delle forme.

³⁹⁷ A. Camon, *Primi appunti*, al quale si rinvia anche per i riferimenti bibliografici a sostegno della condivisibile tesi.

d'uso *contra reum* in udienza preliminare dei dialoghi non tempestivamente selezionati o una inammissibilità, in quanto tardiva, della richiesta dibattimentale di prova che li comprenda³⁹⁸. Conseguenze che potrebbero valere anche oggi, ove le scansioni temporali previste non fossero rispettate.

Il punto, però, come evidente, non è individuare la sanzione corretta all'interno del sistema (che, secondo un approccio rigoroso, è individuabile oggi, come lo era ieri), ma trovare un antidoto all'atteggiamento giurisprudenziale restio a riconoscere patologie processuali in caso di mancato rispetto delle scadenze della procedura acquisitiva. Se, infatti, alla base della cancellazione di fatto dell'udienza stralcio vi era stata anche la sistematica negazione di conseguenze processuali derivanti dalla «colpevole inerzia della parte pubblica»³⁹⁹ nell'attivare la procedura acquisitiva⁴⁰⁰, è facile presagire che a fronte di termini non stabiliti come perentori e di sanzioni processuali inesprese, l'eventuale permanere dell'inerzia continuerà a passare indenne al vaglio della Cassazione, anche nel nuovo assetto.

Appare, allora, pericolosamente concreto il rischio che tutto resti come era: «una procedura collocata “teoricamente” nelle indagini, “praticamente” nel processo»⁴⁰¹, o, per riprendere la provocazione iniziale, “che tutto resti come è attualmente nella prassi”. Anzi, a giudicare dalle prime regole operative diramate, di cui sono stati forniti alcuni significativi esempi nel corso del presente studio, le procure si stanno già attrezzando perché la temibile previsione si avveri prima ancora che la norma muova i primi passi⁴⁰².

In definitiva, l'unico presidio idoneo a contrastare l'ormai diffusa e deprecabile tendenza a considerare le regole processuali come meri criteri orientativi⁴⁰³ – che potrebbe decretare l'insuccesso anche della riforma in commento – sarebbe stato quello di blindare le nuove regole con esplicite sanzioni per la loro inosservanza.

La mancanza di attenzione per questo profilo assume un rilievo cruciale nell'ambito della nuova disciplina, proiettandola entro quelle riflessioni in tema di legalità, che hanno costituito la lente attraverso la quale si è cercato di condurre l'analisi. È stato osservato come l'impianto della legge delega sottenda un'evidente consapevolezza dello «scollamento delle prassi giudiziarie dal dettato codicistico» che il Parlamento, però, ha inteso «contrastare più che affrontarne alla radice le cause»⁴⁰⁴. Un giudizio oltremodo calzante se applicato alla scelta di puntellare la disciplina acquisitiva delle intercettazioni di lacci e laccioli, per rispondere alle deviazioni della prassi, senza però accompagnarli da un adeguato apparato sanzionatorio, che ne avrebbe ipotecato il rispetto.

³⁹⁸ C. Caprioli, *Tutela della privacy*, cit., 4106 s. Inammissibile dovrebbe essere anche la richiesta indiscriminata delle intercettazioni da parte del pubblico ministero, secondo A. Nappi, *op. cit.*, 472 (v. *supra* nota 60).

³⁹⁹ C. Caprioli, *loc. ult. cit.*

⁴⁰⁰ Affermatasi già nei primi anni di vita del nuovo codice (Cass. 3.7.1991 n. 3018, in *CP* 1993, 650), ma di cui si trovano esempi fino alle soglie della riforma (Cass. 1.3.2017 n. 14248, in *CP* 2018, 305).

⁴⁰¹ A. Camon, *Primi appunti*, cit., 23.

⁴⁰² Significative in tal senso le indicazioni fornite dal Procuratore di Velletri sia in tema di trasmissione e deposito (v. *supra* note 172, 186 e 195), che a proposito dell'inserimento degli atti nel fascicolo (v. *supra* nota 261).

⁴⁰³ D. Negri, *op. cit.*, 76.

⁴⁰⁴ G.P. Voena, *op. cit.*, 1221.

Più in generale, viene da chiedersi se, ferma restando l'unica modifica davvero necessaria (vale a dire l'estensione del segreto fino al momento acquisitivo, con i relativi corollari)⁴⁰⁵, non sarebbe bastato presidiare le norme vigenti con apposite sanzioni per il loro mancato rispetto, piuttosto che inseguire le soluzioni elaborate sul terreno pratico, con il risultato di aver creato una procedura estremamente farraginosa e, si teme, anche inefficace.

Su un piano sistemico e di politica del diritto, una scelta di questo tipo avrebbe rappresentato una reale riaffermazione del principio di legalità processuale: per rientrare nei suoi binari, non serve (ri)scrivere norme per reagire alla patologia, ma presidiare il rispetto di quelle esistenti con sanzioni processuali, così da ribadirne la forza.

Sul piano concreto, si può concludere affermando che l'essenza della novella risieda in tre passaggi: la collocazione della fase selettiva in sede di indagini con i conseguenti effetti acquisitivi (già insita nel vecchio sistema, dunque non necessitante di uno stravolgimento), l'estensione del segreto fino alla cernita del materiale (reale innovazione e cuore pulsante della nuova disciplina) e la trascrizione dibattimentale (opportuno corollario). Tutto il resto è accessorio, alcune cose sono superflue (e non innocue), altre mancano e avrebbero dovuto esserci.

⁴⁰⁵ «Quando una prassi è incivile e lecita al tempo stesso, è la legge che va cambiata»: G. Giostra, *Intercettazioni e informazione*, in *CP* 2006, 2752, alludendo alla coincidenza tra deposito delle intercettazioni e divulgabilità dei risultati.